D. Gottlieb Wilhelm Dincklers,

ICTI,

IVRIS SAXONICI ET TRACTATIONIS CVRSORIAE PANDECTARVM PROFESSORIS PVBLICI ORDINARII auf der ACADEMIE Leipzig

Bey vorkommenden Fällen Auf Verlangen Abgefaßete RESPONSA.

J E N A,
In Verlag Johann Adam Melchiors,
1737.

Dem

Hoch-Wohlgebohrnen Herrn,

HERRN

Christian von Loß,

Sr. Königlichen Majestät in Pohlen

und

Churfürstlichen Durchl. zu Sachsen

Hochbetrauten

Ober-Consistorial-Præsidenten,

Cammer-Herrn,

Wie auch

Hoff- und Justitien-Rath,

Meinem Gnädigen Herrn.

Hoch = Wohlgebohrner Gnädiger Herr.

Ew. Hoch = Wohlgebohrnen Excellence überreiche ich gegenwärtige geringschätzige Blätter zum Kenn = Zeichen meiner unterthänigen Devotion: Denn da ein ieder Deroselben hohe Meriten in Verwunderung zu ziehen pfleget, der Dero zum allgemeinen

meinen Wohlseyn abzielende Bemühungen behörig erweget: so will es insonderheit denenjenigen, welche auf denen Sr. Königlichen Majestät in Pohlen und Chur-Fürstlichen Durchlauchtigkeit zu Sachsen mächtigstem Scepter unterworffenen Academien die Früchte der preiswürdigsten und zum Aufnehmen dieser Musen-Sitze gereichenden Sorgfalt, so Ew. Hoch-Wohlgebohrnen Excellence bey dem Ihnen allergnädigst anvertrauten Præsidio des höchstpreislichen Kirchen-Raths verspüren lassen, täglich empfinden, obliegen; ihre unterthänige Veneration, so offt sich hierzu Gelegenheit ereignet, Denenselben zu contestiren. Ich, der ich nunmehro über vierzehen Jahr aus allerhöchster Königlicher Gnade die Professionem Juris Saxonici & Tractationis Cursoriæ Pandectarum auf der Universität Leipzig bekleide, und solchergestalt in reicher Ubermasse an dem

vermittelst Dero hocherleuchteten Consiliorum mit zunehmenden Wohlstand besagter Academie Antheil erlanget habe, allerdings meiner unterthänig-gehorsamsten Schuldigkeit gemäß zu seyn erachtet, durch submisseste Zueignung beygehender von mir auf Verlangen abgefasseter Rechtlicher Gutachten ein öffentliches Merckmahl des profundesten Respects, mit welchem ich Denenselben zugethan, an den Tag zu legen, und mich Dero beharrlichen gnädigen Propension in geziemender Devotion zu empfehlen. Der Höchste erhalte Eure Hoch-Wohlgebohrne Excellence nebst Dero gesamten hohen Hause auf unzähliche Jahre bey aller selbsterwünschter hoher Prosperität, und lasse fernerweit Dero hocherleuchtete Consilia zum allergnädigsten Vergnügen Sr. Königlichen Majestät in Pohlen und Chur-Fürstl. Durchlauchtigkeit zu Sachsen unsers allergnädigsten Herrn, und zum ausnehmen-

nehmenden Wohlseyn derer gesamten Chur-Sächsischen und selbigen incorporirten Landen gereichen, womit in tiefster Ehrerbietung beharre

Eurer Hoch-Wohlgebohrnen
EXCELLENCE
Meines Gnädigen Herrns

Leipzig, den 1. Sept.
1736.

unterthänig-gehorsamster

D. Gottlieb Wilhelm Dinckler.

RESPONSUM I.

1. *In privilegiis interpretandis ad verba primum respiciendum, iisque, quantum fieri potest, inhærendum.*

2. *Privilegium ultra casus expressos extendi non debet.*

3. *Privilegia personalia tertio non prosunt.*

4. *Privilegia certo ordini concessa sunt personalia.*

5. *Privilegium non utendo amittitur, etiamsi sit titulo oneroso quæsitum.*

6. *Etiam per unicum privilegio directo contrarium actum huic tacite renunciatur.*

Demnach mein in Rechten gegründetes Gutachten über nachstehende Speciem Facti verlanget worden; Als erachte ich denen Rechten gemäß und in selbigen gegründet zu seyn:

Haben Herzogs Friedrichs Chur-Fürstl. Durchl. glorwürdigsten Gedächtnisses der Stadt N. N. in höchsten Gnaden Anno 1462. ein Privilegium ertheilet, in welchem unter andern diese Worte befindlich: Was derer Bürger zu N. N. eigen Guth ist, da niemand Theil mit ihnen daran habe, was da sey, das sie daselbsten führen oder verkauffen oder niederlegen, nichts nicht ausgeschlossen, die sollen zu N. N. in unsern Stadt-Gleit und Zoll frey seyn, als sie vor Alters gewest sind, ohne Gefehrde. Würde aber iemands ausländischer oder innländischer Fuhrmann unsern Bürgern ihr eigen Guth gegen N. N. führen und da niederlegen, sind sie Geleits frey; würden sie aber durchfahren mit dem Guthe, so soll der Ausländische, und nicht der Inwohner uns unser Gleit und der Stadt ihre Gerechtigkeit geben, und Niederlage halten, würden auch Bürger zu N. N. mit Guth, Fische, Saltz, oder allen andern Waaren gegen Dreßden oder dadurch förter fahren, sollen Gleits frey seyn, sondern vom Wagen 6. Pfennige oder zween alte Groschen, als es für Alters gewest ist, und bisher gehabt haben, geben. Nachhero aber seyn der Interpretation nur angeführter Worte wegen unterschiedene Irrungen entstanden, da es denn dahin gediehen, daß die Bürgerschafft zu N. N. der Gleits-Freyheit gäntzlich verlustig worden, wie denn auch zum öfftern, in wie weit die in der Stadt N. N. fabricirte, und von dar abzuführende Tuche der Vergleitung unterworffen, in dispute gezogen, welcher dispute aber durch ein de dato den 9. Decembr. Anno 1552. an den damaligen Geleitsmann in N. N. ergangenes gnädigstes Rescript dergestalt seine Erledigung erlanget, daß von denen Tuchen, so verballet werden, das gebühr-

liche

liche Pferde-Gleite, als von iedem Pferde 2. Groschen und einem einzeln Tuche ein halber Groschen zum Geleite gegeben werden solte, mit welchen allen sich auch ein von Herzog Johann Georg des ersten zu Sachsen Chur-Fürstl. Durchl. Christmildesten und höchstseeligsten Andenckens de dato den 25. Febr. 1638. ergangenes gnädigstes Rescript conformiret, welchen gnädigsten Rescriptis auch beständigst nachgegangen, und iederzeit alle Tuche insgesammt, ohne Unterscheid bey der Weg-Fuhre von der Stadt N. N. zur Gleits-Abgabe angehalten worden, mit welcher Abgabe auch es bis Anno 1661. sein unveränderliches Bewenden gehabt hat, in welchem Jahre Herzog Johann George des Andern Chur-Fürstl. Durchl. glorwürdigsten Andenckens, das der Stadt N. N. wegen der Gleits-Freyheit oben angeführter massen Anno 1462. verliehene Privilegium gnädigst erneuert, und ob zwar in eben diesem Jahre der damahlige Rath der Stadt N. N. bey dem zur selbigen Zeit allda verordneten Gleits-Mann, Christophoro, schrifftliche Ansuchung gethan, die Bürgerschafft in N. N. bey der damahls eingefallenen Leipziger Messe Zollfrey passiren zu lassen. So geben doch sowohl die zur selbigen Zeit als auch nachhero ordentlich geführte Gleits-Rechnungen klahre Masse, wie von iedesmahligen Gleits-Einnehmer Höchstgedachtes der Stadt N. N. ertheiltes Privilegium dergestalt interpretiret, und in Obacht genommen worden, daß diejenigen Fuhr-Leute, so würcklich das Bürger-Recht in der Stadt N. N. gewonnen, mit Abforderung des Geleits von denen auf die Messe aus der Stadt N. N. geführten Tuchen verschonet, die übrigen Fuhrleute aber zur Gleits-Abstattung in dem Fall, da sie an Tuchen oder sonst etwas von N. N. auf die Messen abgeführet, indistincte angehalten, sich auch disfalls weder an Seiten dieser Fuhrleute noch des Raths oder Bürgerschafft in N. N. einige Contradiction hervorgethan, welche Exaction auch bis auf itzige Zeiten unverändert continuiret. Entstehet aber anitzo die Frage: Ob die Bürgerschafft in N. N. in ihrem Vorgeben, so dahin gehet, als ob die fremden Fuhrleute, durch welche die Tuchhandels-Leute und Tuchmacher in N. N. ihre allda verfertigte Waaren auf die Messen nach Leipzig und Naumburg verführen lassen, mit Abforderung des Zolls oder Gleite zu verschonen, gegründet? Ob nun zwar Herr Mævius in einem de dato den 15. Septembr. 1731. ausgestellten Gutachten zu asseriren kein Bedencken trägt, es wäre allerdings die Bürgerschafft in ihren Suchen fundirt, und zwar dißfalls seine Meynung mit nachfolgenden momentis zu corroboriren bemühet ist: 1) Wären obangeführte Worte des gnädigst ertheilten Privilegii in gantz

generalen terminis abgefasset, und introducirten klärlich das freye führen und verkauffen des denen Bürgern zuständigen Guthes, gestatteten also keine restriction in Ansehung derer fremden Fuhrleute. Quoad 2) wären die exportanda wiederum ohne Restriction auf fremde Fuhrleute Gleits-frey declariret; Ja es wäre 3) expresse disponiret, daß die Bürgerschafft bey solcher Befreyung buchstäblichen Innhalt nach ruhig verbleiben, und gelassen werden sollte. Quoad 4) erhelle ex qualitate verborum in privilegio expressorum und ex qualitate seu natura ipsius rei concessae, wie sowohl das privilegium an sich selbst ein privilegum reale, als auch immunitas vectigalis promissa realis sey, 5) wäre dieses privilegium nicht mere gratuitum sed compensatorium & remuneratorium in praemii vicem bene meritis indultum, und diese verliehene Zoll-Freyheit sey nicht simplex gratia, sed permutatio quædam, und welche, cum in contractum transeat, in keinem Stücke zu revociren oder zu mindern sey, zumahln da die wenige Zoll-Freyheit derer nach der Messe versendeten Tuche gratia commensurata und der Stadt N. N. in Privilegio so hochgerühmte Treue und Standthafftigkeit der remuneration wohl gleich und werth sey. Es wolle sich auch 6), da in gewisse Masse nur und in demjenigen Fall, wenn der Durchgang fürkommt, des ausländischen Fuhrmanns gedacht wird, die ratio identitatis, oder daß ad exemplum des durchfahrenden ausländischen Fuhrmanns die Verzollung derer durch fremde Fuhrleute auf die Messe verführende Tuche geschehen müsse, allhier nicht finden, vielmehr wäre die Sache so zu betrachten, daß 7) vornemlich ad subjectam materiam, de qua in privilegio agitur, das Absehen zu richten, und auf die Umstände, wie solche tempore concessionis beschaffen gewesen, hauptsächlich zu sehen sey, weil hieraus die sicherste und in Rechten vorgeschriebene Interpretation zu machen, und aber 8) materia subjecta allhier immunitas vectigalis mercium venalium in & exportandarum in genere concessa wäre, die circumstantiae aber, quae tempore concessionis praesto fuissent, diese gewesen, daß anno 1462. da der Stadt N. N. offtgedachtes Privilegium gnädigst ertheilet worden, der Handel in Leipzig noch nicht etabliret, folglich man von N. N. aus dahin noch nicht Handlung getrieben, man die Abfuhre derer Tuche von N. N. aus nacher Leipzig zum voraus zu sehen nicht im Stande gewesen, sonsten ohnfehlbar die Zoll-Freyheit dahin mit extendiret seyn würde, zumalen alles, was im privilegio enthalten, mit besonderer Vorsichtigkeit dergestalt eingerichtet, daß man klärlich daraus wahrnehmen könnte, wie diese gantze disposition das Wachsthum

des

des Commercii zum Grunde hätte, und also zu præsumiren, es würde viel eher auf den Flor des dasigen Tuchhandels und die freye Ausfuhre nach Leipzig, als auf ausländische nach Dreßden und so förder verführte Seewagen dieses privilegium extendiret worden seyn; Ja daß die Abfuhre des dasigen Bürger-Guthes per verba, *und förder fahren:* nicht an Dreßden alleine gebunden, könnte identitatis ratio diese seyn, daß die Leipziger Tuch-Fuhren durch fremde Fuhrleute eben die Gleits-Freyheit haben müsten, zumalen weil materia subjecta allhier die Gleits-Freyheit wäre, und nach Maßgebung solcher materiae subjectae und vorhin angezeigten circumstantiarum keine andere interpretation füglich zu machen. Quoad 9) könnte das dawider angeführte alte Herkommen und die interpretatio usualis um deswillen nicht statt haben, weil in der Erledigung derer Landes-Gebrechen alles dasjenige, so diesem Privilegio zuwider gethan, caßiret und aufgehoben worden. Wäre also gleich entweder vor oder nach der Zeit, da dieses gnädigstes Privilegium per legem publicam confirmiret, einiger Zoll von fremden Fuhrleuten erhoben worden, so wäre doch ein vitium originis obhanden, so eine dergestaltige beständige insanable nullität nach sich zöge, daß auch die diuturnitas temporis selbige in gültigen Stand zu setzen, nicht hinlänglich wäre, die actuum frequentia zwar der Bürgerschafft desto empfindlicher fiele, hingegen selbige nicht einmahl praescriptionem immemorialem veranlassen könnte, weil initium possessionis vitiosum & per privilegium prohibitum, daher auch kein titulus possessionis statt haben könnte, quia titulus vitiosus appareret. Quoad 11) wäre das gröste moment vor die gesuchte Gleits-Freyheit aus der fol. 24. derer dieserwegen ergangenen Acten No. 504. durch allergnädigst ergangenen Befehl erfolgten sententia confirmatoria zu nehmen, denn da Anno 1710. klagende Bürgerschafft zu N. N. nicht allein die Abstellung des Pferde-Groschens von Caleschen-Fuhren, sondern hauptsächlich das geforderte Gleite von ihren durch gemiethete fremde Fuhrleute versendeten Tuchen, und andern Bürger-Güthern urgiret, ihr Befügniß auch in der fol. 13. derer dieserwegen ergangenen Acten befindlichen Deduction genüglich dargethan hätten, hierauff alle von Seiten des Gleites angeführte Gegen-Probation erwogen, von denen Commissariis gründlicher Bericht erstattet, auch von dem damahligen Herrn Obergleits-Commissario in Termino darwieder weiter nichts als die Abforderung derer Passir-Zettul errinnert, und das allerhöchste Rescript fol 24. offt gedachter Actorum cum rationibus decidendi anbefähle, das indebite erhobene

zu restituiren, und künfftig zu iederzeit, so offt durch fremde Fuhrleute, nota bene, Krähmerey und Waaren aus N. N. geführet würden, einen frey Zettul mit zu nehmen. Quoad 10) würde auch die Sache dadurch nicht alteriret, daß in dem Berichte fol. II. ein Unterscheid unter denen Jahrmarckts- und Meß-Waaren gemacht, jene indistincte frey gelaßen, diese aber, weil solche selten oder gar nicht wieder zurücke kämen, verzollet werden sollten, denn alle Meßen und Jahrmärckte einerley wären, und bloß der Benennung nach von einander unterschieden, es könnte sich auch fügen, daß die zu N. N. verfertigte Tücher ebenmäßig von Leipzig und Naumburg unverkaufft zurücke gebracht würden, ereigneten sich dannenhero allenthalben casus dabiles, und könne a posse ad esse kein beständiger Schluß gemachet werden, wie denn auch 13) nicht folgete, daß weil zu eben der Zeit, als die Restitution anbefohlen worden und geschehen, das Gleite von denen Meß-Tuch-Fuhren gefordert, und damit continuiret, hieraus ein Recht wieder quæstionirtes Privilegium erwachsen, indem so wohl das auff eine wie auff die andere Art erhobene und geklagte Pferde-Gleite ohne exception zu restituiren anbefohlen, und könne die unterlaßene Restitution des einen dem Privilegio nicht derogiren. Endlich auch 14) der seel. Herr Obergleits-Commissarius in seinem fol. 2. Actor. num. 504. erstatteten Bericht anzuführen gewust, daß er der Bürgerschafft zwar vorgestellet, wie von ihren Güthern nichts, sondern nur von denen, so solche ums Lohn verführten, Gleite gefordert würde, diese aber dargegen regeriret, daß alsdenn doch der Bauer oder Fuhrmann das Gleite aufs Fuhrlohn schlüge, und der Bürger es in effectu tragen müste, es wäre auch dieses so vernünfftig als billig, und hätten solches die vorigen Commissarii selbst davor erkennet, und in ihrem Berichte fol. 22. B. derer disfalls ergangenen Acten deutlich mit angeführet, und obschon des Caji Bericht anfänglich nur den Anno 1709. per Generale angeordneten Pferde-Groschen von Caleschen-Fuhren im Munde führete, so würde doch paulo post derer Güther gedacht, und wollte hieraus nicht undeutlich erhellen, daß die Meß-Tuch-Fuhren entweder zugleich mit moviret worden, oder daß die auff die Meße reisende Tuchhändler und Tuchmacher auff ihren Caleschen etliche Stücke Tuch mit sich geführet. Es könnte auch nicht gesaget werden, daß die Waaren frey wären, wenn die Pferde verzollet werden müsten. Dennoch aber und dieweil es mit allen Privilegiis diese Bewandtniß hat, daß bey der interpretation dererselben auff die darinnen befindliche Worte das Absehen zu richten, und præcise nach

Maß-

Maßgebung dieser Worte selbiges zu erklähren, dahero STRYCK. in Diss. de *interpret. privil. cap. 3. n. 5. 6.* anführet: ad verba primo respicere debemus, illisque, quoad fieri potest, inhaerere debet interpres, dieserwegen die Worte, deren sich der Landes-Herr bey Ertheilung eines Privilegii gebrauchet, eine so vollkommene Richtschnur abgeben, daß nach Anleitung derselben einzig und alleine das Privilegium, woferne nur bemeldte Worte distincte abgefaßet, und man einen vollkommenen sensum darinne zu finden im Stande ist, ohne Beyhülffe einer andern Interpretation zu erklähren, welches alles abermahls der nur alleg. STRYCK. in Diss. de *Privileg. interpret.* c 4. n. 8. 9. nachfolgender maßen behauptet: Privatus interpres privilegii verba prout jacent absque alia interpretatione accipere, illisque simpliciter inhærere debet, nam quod privilegium non dicit, nec interpretis est dicere, i. e. Privilegium est intelligendum prout cantat. Woraus also gar klährlich erhellet, wie die Natur eines ieden privilegii dieses erfordere, daß sich niemand eines Nutzens aus einem Privilegio anmaße, als in soweit er ihm mit deutlichen und klahren Worten gegönnet. HARTM. PISTORIUS *Lib. I. Quæst. 33 n. 8.* als welcher seine Meynung in folgenden zu erkennen giebet: Privilegium tantum disponit, quantum loquitur, nec ultra casus expressos extendi debet, ein iedes privilegium auch vor ein jus singulare zuachten, und eine Exception a regula abgiebet, welche allezeit strictissime anzunehmen *l. 14. ff. de LL.* BÖHMER. *in Iur. Eccles. Protest. Lib. 3. Tit. 5. § 252.* besonders aber denen Privilegiis personalibus diese Eigenschafft beywohnet, daß selbige nur denenjenigen Personen, denen sie verliehen, zustatten kommen, und von einer Person auff die andere nicht einmahl einer identitatis rationis wegen extendiret werden dürffen. *C. penult. de Probat. in 6to.* CRAVETTA *Consil. 239. n. 4.* dieserwegen auch dergleichen Privilegia in so enge Gräntzen eingeschräncket, daß sie lediglich die Personen, welchen sie ertheilet, genießen dürffen: Privilegia ad alias personas, quam quæ in illis nominatim comprehensæ sunt, haudquaquam extentenda, nec de persona ad personam porrigenda. CARPZ *P. II C. 12. def. 13.* Hingegen auch nach dem Ableben dererselben gäntzlich erlöschen, Privilegia personalia personam sequuntur, & cum ea extinguuntur *L. 1. § 43. ff. de aqua quotid.* dieses alles auch so gar auff denjenigen Fall zu appliciren, wenn gleich der privilegirten Personen interesse es einigermaßen erforderte, daß einem Tertio, dessen in dem Privilegio selbst keine Erwehnung geschehen, der Genuß deßelben angediehe, wie dieses unter andern aus nachfolgen-

gendem Exempel erhellet: Es giebet die Chur-Sächßische Erledigung der Landes-Gebrechen Tit. *von Cammer-und Rent-Sachen* §. 9. klahre Masse, wie denen Zoll und Gleits-Einnehmern anbefohlen, sie sollten dasjenige, so die Besitzer derer Ritter-Güther von ihren eigenen erwachsenen oder sonst in der Haußhaltung erlangten Früchten, als Getreydig, Wolle, Butter, Käse und dergleichen zu Marckte bringen, frey durchkommen laßen; gleichwohl aber ist es eine an sich ausgemachte Sache, wie diejenigen, so von denen Ritter-Guths Besitzern auff dem Ritter-Guthe selbst dergleichen Victualien erkauffet, dieser immunitæt sich nicht zu erfreuen haben. Ebenmäßige Bewandtniß hat es mit denenjenigen, so die auff Kirchen-Güthern erwachsene Früchte erhandeln, oder die einer Kirche selbst zuständigen Güther Pachtsweise übernehmen; Angesehen selbige keinesweges diejenige immunitæt, mit welcher die Kirche selbst versehen, erhalten, wie hiervon LEYSER. in *Iur. Georg. L. 3. c. 26. n. 40.* folgendermaßen sehr gründlich urtheilet: Quæritur: an emtores fructuum & Coloni Ecclesiæ, itidem ac ipsi Clerici a vectigalibus sint liberi? Aliqui affirmant, ideo, quod alias, licet non directo, per obliquum tamen Ecclesiæ minueretur libertas, utpote quæ tunc vilius locare aut vendere cogeretur, si illi, quibuscum contrahit, vectigal tenerentur pendere, negativa tamen verior, non tam enim hoc casu per indirectum Ecclesiæ libertas imminuitur, aut eidem damnum infertur, quam lucrum aliquod impeditur, & immunitas illa personæ Clericorum adhæret, a qua proinde, tanquam privilegium personale in emtores & colonos non transmittitur. *l. 13. ff. solut. matrim:* mit welchem auch idem LEYSERVS in nur allegirten *cap. n. 58. 59.* verbis sequentibus übereinstimmet: Immunitas quae personis competit, personalis est, nec ad alios producitur, nisi ad familiam cum nec prodesset patrifamilias, nisi uti ea posset cum familia, a venditore autem in emtorem non transit, & ideo pistores ementes frumenta a Clericis non sunt immunes a Gabella, licet Clerici venditores exemti sint, sic enim etiam fiscus ab omnium vectigalium praestationibus immunis est, mercatores autem qui de fundis fiscalibus mercari consueverunt, nullam immunitatem soluendi publici vectigalis usurpare possunt. *L. 9. §. fin. ff. de Publ.* welchen allen auch das bekannte Exempel des freyen Tisch-Trunckes, so denen Besitzern derer Ritter-Güther in Chur-Sachsen gegönnet, beyzufügen, denn ohngeachtet bemeldte Besitzer so viel Bier, als sie zu ihrer und ihrer Familie Nothdurfft gebrauchen, ohne Entrichtung der sonst gewöhnlichen Tranck-Steuer zu brauen berechtiget, so

cessi-

cessiret doch diese priuilegirte Braugerechtigkeit, und können sie sich derselben nicht anmassen, woferne sie das gebrauete Bier denen auff ihren Ritter-Güthern arbeitenden Handwercks-Leuten, und andern bey ihnen in Arbeit stehenden Personen, als denen Fröhnern und dergleichen, zukommen lassen wollten, wie dieses Dnus a WERNHER. in *obs. for. p. 1. obs.* 168. mit diesen Worten deduciret: Ius coquendi cerevisiam, quod Nobilibus competit ad familiae usum, non est extendendum ad usum operariorum aliorumque opificum, quia hic revera subest venditio, ac potus, qui illis hominibus praebetur, mercedis locum subeat. Hiernächst auch diejenigen Priuilegia, mit welchen unterschiedene Personen einerley Standes, Geschlechtes oder Alters oder gantze Collegia oder Gemeinden zugleich begnadiget, unter die priuilegia personalia zurechnen, wie dieses unter andern HERTIUS in Diss. de *Transitione privilegii personalis ad alios* §. 1. solchergestalt ausgeführet: Priuilegia personalia intra personam stant, cum ea extinguuntur, ac intercidunt, nec ad heredem multo minus ad alios transeunt; Hoc non modo verum est in Privilegiis personae ipsi, sed & in privilegiis legalibus, quae certis personarum generibus concessa sunt, v. g. militibus, minoribus, foeminis; nec admittendum, privilegia ordini, universitati aut Collegio concessa esse realia. Equidem huic aut illi concessum durat, quamdiu ordo *l. 1. §. 2. ff. de Iur. immunit.* ac si in locum extincti ordinis alius ordo sufficiatur illorum privilegium his non prodest, nisi sit reale, hoc est, loco affixum. conf. Illustris KEMMERICH in *Accesss. ad Inst. tit. 10. §. 8.* VOLCKMAR in Diss. de *Privilegiis thes. 5. n. 2.* Fernerweit bekannten Rechtens, wie privilegirte Personen des ihnen gegönneten Privilegii so gleich verlustig werden, wenn sie auch nur einen Actum unternehmen, welcher der in privilegio concedirten Freyheit zuwieder, vor welchen Actum derjenige zu halten, von welchem sie in Privilegio eximiret, angesehen sodenn die rechtliche Muthmaßung entstehet, man habe sich der in Privilegio verliehenen Freyheit freywillig begeben. Renunciatio tacita privilegii contingit, si quis actum unicum privilegio directo contrarium susceperit, ENENKEL. *de Privilegiis Lib. 3 c. 15 n. 14.* Dannenhero auch die DD. zu behaupten pflegen, eine privilegirte Person habe bey Geniessung des ihr gegönneten Privilegii diese Behutsamkeit zu gebrauchen, daß sie bey diesem Genuß weder etwas mehrers noch etwas wenigers, als ihr in dem Privilegio nachgelassen, sich zueigne, und fügen in Ansehung des letztern die Raison bey, weil zu muthmaßen, als ob derjenige, der sich eines privilegii nicht vollständig bedienet, habe sich des ihm hieraus erwachsenen Rechts, in so weit er sich des-

sen nicht vollständig gebraucht, begeben. CAEPOLL. *Cautel.* 58. *n.* 2. *it. l.* 4. *ff. de Pact. intr. emt.* besonders aber läst sich aus dem *l. pen.* §. *fin. de Vacat. mun.* und aus dem *l. penult.* §. *f. ff. de jure immunit.* schliessen, wie diese Doctrin hauptsächlich mit auf die Befreyung von denen öffentlichen oneribus zu appliciren, und die hiervon vermittelst eines privilegii befreyete, wenn sie auch nur ein eintzigesmahl dergleichen onus freywillig über sich genommen, seyn sich fernerweit mit ihrem Privilegio zu schützen unvermögend, weßwegen TITIUS in *Iur. Privat. Lib.* 8. *c.* 8. §. 16. anmercket; Immunitas ab oneribus publicis unico actu contrario amittitur, und endlich auch dasjenige Recht, so man vermittelst eines Privilegii erlanget hat, woferne man sich desselben binnen der in denen Rechten geordneten Zeit nicht gebrauchet, durch die Præscription aufgehoben wird, *l.* 1. *ff. de Nundinis* CARPZ. *P.* 2. *Const.* 3. *def.* 23. *n.* 1. welches auch bey den Privilegiis titulo oneroso quæsitis statt findet, wie dieses alles STRYCK. in Diss. de *Privileg. titulo oneroso quæs. c.* 3. §. 24. in nachfolgenden sattsam anzeiget: Privilegia titulo oneroso quæsita pariter ob non usum amittuntur, utut enim talis privilegii concessio causam onerosam contineat, & magis rationem contractus habeat, certum tamen est, & illa quæ ex contractu & titulo oneroso alteri quæsita sunt, non utendo amitti posse, imo & regalia, quæ per investituram concedi solent, non usu amittuntur. Also nach Maßgebung nur angeführter Principiorum bey Erörterung der anitzo vorgefallenen Frage, in wie weit nehmlich die Geleits-Freyheit der Bürgerschafft in N. N. zustatten kommen soll, das Absehen zuförderst auf die Worte des gnädigst verliehenen Privilegii zu richten, da denn drey distincte Propositiones von einander wohl zu separiren. Die erste Proposition bestehet hierinne, es sollen sowohl ausländische als innländische Fuhrleute, so denen Bürgern ihr eigen Guth gegen N. N. führen, und darnieder legen, Gleits frey seyn. Die andere Proposition aber involviret so viel: Es solle bey der Durchfuhre mit dem Guthe lediglich der Inwohner, nicht aber der ausländische Fuhrmann Gleits-frey seyn. Die dritte Proposition hingegen zeigt nur soviel an, es sollte die Abfuhre aus der Stadt N. N. nur sodann Geleits-frey seyn, wenn die Bürger gegen Dreßden oder dadurch förder fahren, woraus sich also von selbsten erlediget, wie die Wegfuhre nicht indistincte Gleitsfrey declariret, sondern diese Gleits-Freyheit auff zwey Fälle restringiret: erstlich, wenn die Bürger selbst die Wegfuhre unternehmen, und dann hernach, wenn diese Wegfuhre nach Dreßden, oder durch Dreßden geschiehet. Dann woferne man auf eine andere interpreta-

pretation verfiehle, so wiche man von der Regul, quod verba privilegii prout jacent, absque alia interpretatione sint accipienda, & quod privilegium sit intelligendum pro ut cantat. Wer also in einem Privilegio nicht benennet, kann auch nicht mit unter denen privilegirten Personen begriffen seyn. Nun geschiehet allhier lediglich derer Bürger Erwehnung, ausländische Fuhrleute aber geniessen unstreitig keinesweges das Bürger-Recht in N. N., dahero auch dieses Privilegium auff selbige nicht applicable; Und dieses bewähren auch die Exempel anderer diesfalls privilegirten Personen; Denen von Adel ist allerdings eine Gleits-Freyheit concediret, alleine wenn der von Adel entweder zu Fortschaffung seiner Person, oder zu transportirung seiner mobilien sich eines Fuhrmanns bediente, könnte sich der Fuhrmann mit keiner Gleits-Freyheit schützen; Und zwar rühret dieses her aus dem Fundament, weil der Fuhrmann in dem Privilegio, da denen von Adel die Gleits-Freyheit gegönnet, nicht mit benennet; Da nun des ausländischen Fuhrmanns in dem der Stadt N. N. ertheilten Privilegio bey der Wegfuhre keine Erwehnung geschehen, so ist auch keine Ursache zu ergründen, warum auff denjenigen Fuhrmann, der derer privilegirten Bürger in N. N. Waaren abgeführet, eher die Gleits-Freyheit, als auff diejenigen Fuhrleute, welche derer privilegirten von Adel mobilien transportiren, sollte extendiret werden. Und weil hiernechst kein privilegium ultra casus expressos zu extendiren, so kann man abermahls hierbey den unumstößlichen Schluß machen: daß auch selbst die Bürger, wenn sie ihre Waaren aus N. N. wegführen, die Gleits-Freyheit alsdenn erst mit succeß zu prætendiren befugt seyn, wenn sie nach, oder durch Dreßden fahren, denn dieses ist der casus expressus, auf welchen die freye Wegfuhre in dem Privilegio restringiret. Wolte man aber die freye Wegfuhre auch auff andere Oerter, als Leipzig, Naumburg, und so weiter, extendiren, so wäre dieses eine extensio a casu ad casum, a loco ad locum, welcher extension obangeführter massen, die einem ieden Privilegio beywohnende Natur eines juris singularis entgegen stehet, vielmehr muß sich ein ieder privilegiatus an den ihm mit deutlichen Worten in dem privilegio gegönneten Nutzen begnügen lassen. Es kann dieses gar füglich mit dem Exempel illustriret werden, wenn einer mit der Gleits-freyen Durchfuhre privilegiret, so ist er nicht berechtiget, dieses Privilegium auch auf die Rückfuhre zu erweitern, welcher Meynung LEYSERUS in *jure Georg. lib. 3. c. 26. n. 57.* folgendermassen beypflichtet: Privilegium sine onere transeundi, non est extendendum ad reditum, quia immu-

immunitas solius accessus sua non caret utilitate; Also ist es auch der Billigkeit und denen Rechten gemäß, wenn gewissen Personen nur die Gleitsfreye Wegfuhre, respectu gewisser Oerter verliehen, wie allhier mit der Bürgerschafft in N. N. geschehen, so können sie nicht sich derselben auch in Ansehen anderer Plätze bedienen, zumahl da sie sich auch von diesem Privilegio einen considerablen Nutzen zuversprechen haben, wenn sie sich desselben nur in der Masse, wie es ihnen verliehen, gebrauchen. Sodann läst sich auch insbesondere aus denen einem privilegio personali in Rechten zugeeigneten Effectibus schliessen, wie diejenige Fuhrleute, so die in N. N. fabricirte Waaren von dar wegfahren, und das Bürger-Recht allda nicht gewonnen, die Gleits-Freyheit niemahls zu ihren Behuff anzuführen vermögend, denn oben deducirter massen weer in privilegio nicht benennet, kan sich auch den hieraus entstehenden Nutzen nicht zueignen. Nun ist dieser Fuhrleute keine Erwähnung in höchstgedachten Privilegio bey denen Worten der Wegfuhre geschehen; Also wäre es auch vor ein ungegründetes Suchen zu achten, wenn sie sich nichts destoweniger denen privilegirten Bürgern in Ansehen der Gleits-Freyheit gleich tractiret wissen wollten. Ohngeacht aber offtbenannte Bürger ihr hierunter versirendes interesse vorzuschützen, und etwan anzuführen sich unternehmen möchten, sie würden an dem vollständigen Gebrauch des ihnen gnädigst ertheilten Privilegii gehemmet, woferne diejenigen Fuhrleute, so ihre Waaren von N. N. abführeten, nicht indistincte die Gleits-Freyheit geniessen sollten, indem sodann der Fuhrmann veranlasset würde, das Fuhrlohn und Fracht zu erhöhen, also es der Bürger in effectu würcklich tragen müste, so ist doch dieses alles nicht von der geringsten Erheblichkeit; In Erwegung dieses ein unumstößliches Principium abgiebet; Ein Privilegium personale kan nur sodann auf einen Tertium extendiret werden, woferne die privilegirte Personen anderer Gestalt gar keinen Nutzen aus diesem Privilegio zu gewarten, als wann einem Tertio hieran mit Antheil zu nehmen, nachgelassen. vid. STRYCK. in Diss. *de Interpret. Privileg. cap. 5. n. 72.* Ist einer also mit der Brau-Gerechtigkeit privilegiret, so kommt einem Tertio allerdings das Privilegium mit zu statten, indem ihm sodann frey stehet, sich des von der privilegirten Person gebraueten Bieres zu erholen, widrigenfalls der Privilegiatus selbst keinen Effect seines Privilegii verspühren könnte. Woraus also gar klärlich erhellet, wie ein privilegium personale nur sodann einem in dem Privilegio nicht mit benannten Tertio zu statten komme, wenn sich sonst der Privilegiatus selbst des Privilegii gar nicht gebrauchen könnte. Dieses

ses aber können die Bürger in N. N. bey gegenwärtigen Umständen, mit Bestande Rechtens nicht anführen, angesehen sie der concedirten Gleits-freyen Wegfuhre, in der ihnen concedirten Masse cum effectu geniessen, wenn sie selbst ihre Waaren abführen, und diese Abfuhre nicht fremden Fuhrleuten, so in der Stadt N. N. das Bürger-Recht nicht erlanget, anvertrauen. Der von offtgedachten Bürgern gebrauchte Vorwand, als ob sie doch an dem Gebrauch dieses Privilegii einigermassen gehindert würden, wenn denen ausländischen Fuhrleuten die Abgabe des Gleits nicht erlassen würde, vermag zur Decision dieser Sache nichts beyzutragen; Denn, gesetzt es müsten auch sodann die Bürger etwas mehrers an Fuhrlohn bezahlen, so können sie doch aus diesem Fundament die Extension der Gleits-Freyheit auf diejenigen Fuhrleute, so nicht Bürger seyn, keineswegs praetendiren. Einer von Adel würde sonder Zweiffel etwas an Fuhrlohn ersparen können, wenn derjenige Fuhrmann, dessen er sich zu Transportirung seiner Person oder Mobilien bedienet, Gleitsfrey wäre: Die Besitzere derer Adelichen Ritter-Güther würden ebenmäßig die auf ihren Ritter-Güthern erzeugten Früchte um einen höhern Preiß ausbringen können, wann dem Käuffer eben die Befreyung zuſtünde, welche dem Verkäuffer ertheilet. Eine Kirche würde mehr Pachtzins von ihren verpachteten Güthern zu gewarten haben, woferne das der Kirche ertheilte Privilegium auf den Pachter derer Kirchen-Güther applicable wäre; Und die Besitzere derer Ritter-Güther in Chur-Sachsen könnten gleichfalls ein ziemliches an Lohn ersparen, wann ihnen frey stünde, das auf ihren Ritter-Güthern steuerfrey gebrauete Bier denen bey ihnen in Arbeit stehenden Handwercks-Leuten und andern Personen zukommen zu lassen, und dessen allen ohngeacht ist doch die Extension aller dieser Immunitäten obangeführter massen, auf obbenannte Käuffer, Pachter, Handwercks-Leute, gäntzlich abgeschnitten, aus diesem gantz unbetrüglichen Fundament, weil ein personaliter privilegiatus sein Privilegium niemahls auf einen Tertium extendiren kan, wenn er sich dessen auch einigermassen, ohne Zuziehung eines Tertii zu bedienen im Stande ist. Wie aber ein Privilegium personale allhier existire, kan man gleichfalls aus oben deducirten Principiis wahrnehmen; Denn Privilegia, so einer Bürgerschafft concediret, seyn sonder Zweiffel Privilegia certis personarum generibus oder certo ordini concessa. Es zeiget auch dieses der gesammte Context dieses der Gleits-Freyheit wegen ertheilten Privilegii; angesehen bey Benennung der Gleitsfreyen Wegfuhren, die Bürger zu N. N. welche ohnstreitig ein

certum personarum genus oder certum ordinem repræsentiren, einzig und alleine als subjecta privilegii angegeben werden. Und gleichwie dieses alles zur Gnüge zu erkennen giebet, wie die Bürgerschafft in N. N. ratione ihrer prætendirten Gleits-Freyheit sich auf unerhebliche Principia gründe, wenn sie selbige auf auswärtige Fuhrleute extendiret wissen will, und diese ihre gemachte Extension in dem Privilegio selbst anzutreffen vermeynet. So erhellet auch noch ferner aus denen in der præmittirten facti specie angeführten Umständen, wie nemlich sowohl vor als nach dem Jahre 1661. alle Fuhrleute, so das Bürger-Recht in der Stadt N. N. nicht gewonnen, zur Gleits-Abstattung in dem Fall, da sie an Tuche, oder sonst etwas von N. N. auf die Messen abgeführet, indistincte angehalten worden, sich auch dißfalls weder an Seiten dieser Fuhrleute noch des Raths, oder Bürgerschafft in N. N. einige Contradiction hervorgethan, solche Exaction auch auf itzige Zeit unverändert continuiret, daß, wenn auch ungestandenen Falls die von der Bürgerschafft in N. N. prætendirte extension höchstgedachten Privilegii in dem Privilegio selbst jemahls fundiret gewesen wäre, sie sich dieses Rechts von selbsten begeben hätten; Denn ist oben angeführtermassen ein actus unicus privilegio directo contrarius hinlänglich, der privilegirten Person den Genuß des Privilegii, besonder einer in privilegio verliehenen Gleits-Freyheit zu entziehen, so kan um so viel weniger die Bürgerschafft in N. N. da so viele unzehlige actus, welche ihrem angegebenen Privilegio directo contrarii, eine so geraume Zeit nacheinander vorgefallen, von ihr admittiret, und selbigen nicht contradiciret worden, in ihrem Vorgeben reüssiren, sintemahlen bekannten Rechtens, wie ein jeder, so einen solchen actum unternimmt, oder ein solch onus übernimmt, oder nur admittiret, und ihm nicht contradiciret, von welchen er in privilegio eximiret, allerdings einen Actum privilegio directo contrarium vollziehet oder admittiret: Wer also mit der Gleits-Freyheit privilegiret, nichts destoweniger das Gleite entrichtet, oder diese Gleits-Einrichtung nicht licito modo depreciret, vollziehet oder admittiret allerdings einen Actum privilegio suo contrarium, folglich involviren die von denen Fuhrleuten, so der Bürger in N. N. Waaren nach denen Messen weggeführet, so geraume Zeit entrichtete, und von der Bürgerschafft in keinen Disput gezogene Gleits-Abgabe, actus, so ihrem prætendirten privilegio directo contrarii, und eine tacitam renunciationem abgeben, auch den Verlust der Gleits-Freyheit nach sich ziehen. Endlich auch, wenn die oben angeführte Principia, quod privilegia non usu amit-

tantur & per præscriptionem extinguantur, wenn es auch gleich privilegia titulo oneroso quæsita wären, behörig consideriret werden, von selbsten daraus fliesset, daß weil die Bürgerschafft wenigstens seit Anno 1661. sich ihres prætendirten Privilegii nicht gebrauchet, sondern geschehen lassen, daß die Fremden auf die Messe fahrende Fuhrleute das Gleite entrichtet, sie auch solches unstreitig, wegen dieser solchergestalt sich ereigneten Præscription, eingebüsset; Uber dieses auch die von dem Herrn MAEVIO oben angeführten momenta von nicht der geringsten Erheblichkeit, angesehen quoad 1) oben allbereits gezeiget worden, wie das gantze Privilegium drey distincte Propositiones in sich enthalte, und wie der Eingang, Durchgang, und Ausgang einander sollicite contradistinguiret werden, sich also von dem einen auf den andern kein Schluß machen lasse. Dannenhero hieraus fliesset, daß die verba dispositiva: *daselbst führen und verkauffen*, nur von denen Waaren handeln, so in der Stadt selbst verkauffet, nicht aber von denenjenigen, so von dannen abgeführet werden. Quoad 2) gleichfalls allbereits gezeiget, wie die exportanda nur in gewisser Masse frey gelassen worden. Quoad 3) der buchstäbliche Innhalt des Privilegii der Bürgerschafft in ihren Suchen e Diametro zuwider ist, wie dieses oben angeführte Interpretation, als in welcher man sich lediglich nach dem buchstäblichen Innhalt gerichtet, sattsam anzeiget. Quoad 4) ein gantz irriges Præsuppositum, als ob allhier ein Privilegium reale existire, und immunitas vectigalis promissa realis sey. Denn wie gegenwärtiges privilegium ein Privilegium personale abgebe, ist oben allbereits genüglich dargethan; Wie aber die Worte dieses Privilegii anzeigen sollen, daß allhier ein Privilegium reale existire, ist nicht wohl zu penetriren, indem es sonst eine aus denen primis principiis Iuris bekannte Sache, wie die Worte eines privilegii realis dergestalt abgefasset seyn müssen, daß aus selbigen erhellet, es solle dieses Privilegium dem Besitzer einer gewissen Sache zu statten kommen; Dergleichen Worte aber kan niemand in demjenigen Privilegio, von dessen Erörterung anitzo die Frage, antreffen, angesehen selbiges denen Bürgern in N. N. ertheilet, und zwar keinesweges in so weit sie Besitzer gewisser Grund-Stücke oder anderer Sachen seyn, sondern überhaupt in so weit sie das Bürger-Recht allda erlanget haben; Sollte allhier ein Privilegium reale existiren, so müste dieses Privilegium einem ieden Besitzer derer in N. N. fabricirten Tücher, also nicht nur denen Bürgern in N. N. denen in- und ausländischen Fuhrleuten, sondern auch so gar denen Fremden, so die in N. N. fabricirten

Tuche erkauffen, zu statten kommen, welches letztere doch sonder Zweifel der Herr Mævius zu asseriren Bedencken tragen wird; gleichwohl aber kan anderer Gestalt ohnmöglich offt angeführtes Privilegium vor ein Privilegium reale passiren, indem eben dieses die eintzige Marque, an welcher ein Privilegium reale zu erkennen, nehmlich daß dieses Privilegium einem ieden Besitzer der privilegirten Sache zu statten kömmt. Uber dieses kan man auch nicht abnehmen, was doch der Herr Mævius durch diese Worte anzeigen wollen, es fliesse ex qualitate rei concessæ, wie immunitas vectigalis promissa, realis sey, das objectum Privilegii ist die auf gewisse masse concedirte Gleits-Freyheit, also die limitirte Befreyung von Zoll und Gleite, folglich die Befreyung von einer gewissen Præstation, woher aber diese Befreyung die Benennung einer Qualitatis oder promissionis realis erlangen solle, kan man nicht errathen; Denn eine promissio realis heisset sonst, wenn einem vor sich und seine Erben etwas versprochen wird; Nun wird aber wohl niemand auf die Gedancken kommen, als ob die versprochene immunität auch auf die Erben derer Bürger zu extendiren. Quoad 5) läßt sich nicht wohl behaupten: Es sey dieses Privilegium nicht mere gratuitum sed compensatorium & remuneratorium, in præmii vicem indultum; Es sey diese verliehene Zoll-Freyheit nicht simplex gratia, sed permutatio quædam; angesehen, wenn man die Pflicht und Schuldigkeit, mit welcher ein ieder Unterthan seiner ihm von GOtt vorgesetzten Landes-Obrigkeit zugethan ist, genau erweget, so findet man, daß dieses Privilegium pro permutatione quadam nicht anzusehen; Denn ob zwar auch von denen meisten Rechts-Lehrern davor gehalten wird, wie privilegia ob bene merita concessa unter die privilegia titulo oneroso quæsita zu rechnen, so kan doch ein Unterthan dieses nicht sogleich vor ein bene meritum halten, wenn er dasjenige gethan, worzu ihn ohnedem die ihm obliegende Unterthanen-Pflicht verbindlich macht, Subditi enim Principis intuitu, seyn die Worte STRYCKII in Diss. de *Bene meritis. cap. I. n. 54.* rarissime bene merita allegare possunt, sed omnia quæ faciunt, agunt ex officio & obligatione erga Principem patriamque, adeoque cum bene merita sponte debeant esse præstita, & non admittant præcedentem obligationem, deficere hic videtur applicatio, quicunque id enim facit, ad quod eum vel lex adstringit, vel conventio, vel ratio officii, illius nulla sunt bene merita, per consequens de remuneratione frustra disquiritur; Da nun also aus der Natur derer bene meritorum erhellet, wie dieses nur bene merita heis-

heissen, wenn einer ohne vorhergehende Obligation sich um iemanden meritiret machet, Treue und Standhafftigkeit aber, welche die bene merita, so das der Stadt ertheilte Privilegium veranlasset haben, seyn sollen, zur incumbenz eines ieden Unterthanen gehören, so muß man sich allerdings wundern, wann iemand vorgiebet, ein Privilegium, welches ein Lands-Herr erwiesener Treu und Standhafftigkeit wegen ertheilet, sey kein Privilegium gratiosum, sondern permutatio quædam, welche Doctrin gewiß zu vielen inconvenientien Anlaß geben, und daraus der Schluß gemachet werden könnte, es beruhe in eines Unterthanen Belieben, ob er seinem Landes-Herrn Treue und Standhafftigkeit erweisen wolte. Und gesetzt, es wäre auch hier ein Privilegium onerosum obhanden, so ist doch nirgends disponiret, daß dergleichen Privilegia entweder auff andere Personen, oder auff andere casus, als im Privilegio enthalten, extendiret werden dürfften, und sind dieses zwey distincte Fragen; Ob ein Privilegium könne extendiret, oder ob es könne revociret werden? Quoad 6) hat man nicht nöthig allhier die Sache ex identitate rationis zu deduciren, sondern man muß es hierbey bewenden lassen, daß, wenn von der Wegfuhre im Privilegio die Rede ist, lediglich die Bürger, und nicht die ausländischen Fuhrleute als subjecta privilegii angegeben werden, in dem in privilegiis die interpretatio ex identitate rationis nicht statt hatt. Quoad 7. & 8) scheinet der Herr Mævius das subjectum und objectum des Privilegii mit einander zu confundiren, das Subjectum Privilegii seyn die Bürger in der Stadt N. N. das objectum aber die auf gewisse masse verliehene Zoll-Freyheit, die mit der Zeit aber sich verändernden Umstände tragen zur Extension eines Privilegii nichts bey; gesetzt auch, es thäten sich solche Umstände hervor, daß man sich des Privilegii gar nicht mit succeß gebrauchen könnte, als wenn es extendiret würde. Wenn ein Ort mit der Stapel-Gerechtigkeit binnen einem gewissen District privilegiret, es nähme aber hernach die Zufuhre derer Waaren in diesem District dergestalt ab, daß dieser privilegirte Ort gar keinen Genuß von diesem Privilegio mehr empfände, woferne nicht die ihm verliehene Stapel-Gerechtigkeit auff einen andern District extendiret würde, so erlangete dennoch dieser privilegirte Ort nicht das Recht diese Extension zu prætendiren; Wie denn auch nicht folget: Es gehet das Absehen des gnädigst ertheilten Privilegii auf das Wachsthum des Commercii und der Bürgerschafft, ergo ist zu muthmassen, es werde die im Privilegio ertheilte Befreyung weit eher auf die

freye Ausfuhre nach Leipzig, als auf ausländische nach Dreßden und so förder verführete See-Wagen gerichtet seyn. Denn obzwar allerdings von einem jeden Landes-Herrn zu præsumiren, es gehe seine Landes-väterliche Intention auf das Wachsthum und den Flor des Commercii, so stehet es doch nicht denen Unterthanen frey, unter dem Vorwandt, als ob es das Wachsthum und der Flor des Commercii erforderte, sich eine Immunitæt zuzueignen, oder von denen allbereits gemachten Gleits- und andern Landes-Verfassungen eigenmächtiger Weise sich zu dispensiren, vielmehr beruhet es lediglich bey dem Landes-Herrn zu determiniren, in wie weit diese oder jene Immunitæt als ein zum Wachsthum des Commercii etwas beytragende Mittel jemanden zu gestatten, indem zuweilen dem Fürsten besondere zum Nutzen des Landes gereichende, obschon denen Unterthanen unbekannte Ursachen beywohnen können, warum diese oder jene Immunitæt in gewisse Gräntzen einzuschräncken, zugeschweigen, es die Billigkeit erfordert, damit vermittelst allzustarcker Extensionen verliehener Immunitæten das allerhöchste Landesherrliche Interesse nicht allzusehr geschwächet werde, denn obzwar von der Beförderung des Commercii ein grosser Theil der Wohlfarth der Republique dependiret, so will doch auch zugleich bey einem wohl eingerichteten Etat mit darauff zu reflectiren seyn, damit nicht leichtlich an denen Landesherrlichen Revenuen ein Abgang verhenget werde, indem an deren unverletzten Beybehaltung der Republique ein mehreres, als an dem Wachsthum des Commercii gelegen. Quoad 9) hebt die Erledigung derer Landes-Gebrechen die Præscription nicht auf, vielweniger verhindert sie die renunciationem tacitam; Denn wenn auch ein Privilegium per legem publicam confirmiret, und alle Contravention wieder selbiges verbothen ist, so kan man sich doch dieses Privilegii sowol per actum privilegio contrarium als auch per præscriptionem begeben, und will dasjenige, so in offt angeführten Gutachten von dem vitio originis und titulo vitioso angeführet wird, allhier gar

nicht

nicht quadriren; Dann da ist es eine aus denen primis principiis juris bekannte Sache, wie zwar zur præscriptione translativa und constitutiva, nicht aber zur praescriptione jurium extinctiva bona fides und justus titulus vonnöthen, vid. TITII *Ius Privat. l. 2. c. 9. §. 35.* Wann einer mit der Jagd-Gerechtigkeit beliehen, oder eine Stadt ist mit der Meß-Freyheit privilegiret, wenn auch alle diesem Privilegio Eintrag verursachende Contraventiones verbothen, so zöge zwar dieses den Effect nach sich, daß niemand zum Præjudiz dieses Privilegii, so lange dieses Privilegium nicht durch die Renuntiationem tacitam oder Præscriptionem aufgehoben, etwas unternehmen dürffe, unterdessen aber könnte doch der Privilegiatus seines privilegii eben sowohl als aller, auch so gar per investituram erlangten jurium durch die Præscription verlustig werden. Quoad 10) handelt das angezogene allergnädigste Rescript nicht von denen auf die Messe fahrenden Fuhrleuten, sondern von denen auf die benachbarten Städte hin und wieder verführende Jahrmarckts-Waaren. Quoad 11) ist es ein allen Rechten zuwiderlauffendes Assertum, als ob Messen und Jahr-Märckte einerley wären, und nur der Benennung nach von einander differirten, indem bekanntermassen nicht nur Jahrmärckte und Messen in Landes-Gesetzen, privilegiis, auch überhaupt sollicite einander entgegen gesetzt, zu befinden, man auch unter dem Namen des Jahr-Marckts niemals eine Messe verstehet, sondern auch ein ieder aus dem besondern Effect, so zwar denen Messen, nicht aber denen Jahr-Märckten zugeeignet wird, nemlich aus der Marckt-Freyheit, vermöge deren derjenige, so eine Messe beziehet, weder an seiner Person, noch was seine Waaren betrifft, mit Arrest beleget werden darf, begreiffen kan, wie Jahr-Märckte und Messen nicht der blossen Benennung nach von einander differiren. Quoad 13) da oben deducirter massen auch unicus actus privilegio directo contrarius eine renunciationem tacitam privilegii nach sich ziehet, so hätte sich allerdings die Bürgerschafft ihres Privilegii, wenn ihr, ungestandenen Falls, das Recht

zugestanden, ihre Waaren durch fremde Fuhrleute nach Leipzig und auf die Messe Gleits-frey abführen zulassen, dadurch, daß sie nichts destoweniger der Gleits-Abgabe dieser fremden Fuhrleute sich nicht legitimo modo opponiret, verlustig gemachet. So erscheinet dannenhero allenthalben so viel, daß die Bürgerschafft in N. N. in ihrem Vorgeben, als ob die fremden Fuhrleute, durch welche die Tuchhandels-Leute und Tuchmacher in N. N. ihre allda verfertigte Waaren auf die Messen nach Leipzig und Naumburg verführen lassen, mit Abforderung des Zolles oder Geleits zu verschonen, nicht gegründet.

V. R. W.

RESPON-

RESPONSVM II.

1. *Contractus bonæ fidei, quibus dolus dedit causam, sunt ipso jure nulli.*

2. *Dolus subest, cum aliud agitur aliud simulatur, decipiendi alterius caussa.*

3. *Qui ex voluntate alterius solutione in ejus gratiam defungitur, ipsius efficitur mandatarius.*

4. *Contractus Mandati accensendus contractatibus bonæ fidei.*

5. *Pecunia numerata vindicari potest.*

6. *Depositarius uti nequit exceptione compensationis.*

7. *Compensatio inter mutuos tantum debitores locum tuetur.*

8. *Compensatio tantum locum habet, quando petitur non id quod nostrum est, sed quod nobis debetur.*

* * *

Hat ein gewisser Fleischer in Dreßden, Namens Stichus, bey zweyen Kauffleuten allda, Tullio und Sempronio, Handels-Consorten, Ansuchung gethan, in abgewichener Oster-Messe dieses itztlauffenden 1735sten Jahrs in seinen Namen an einen Handelsmann in Leipzig, Mævium, 1000. Rthlr. zu bezahlen, anbey vorgegeben, wie er hiemit eine Schuld-Post, mit welcher er zweyen Kaufleuten in Breßlau, Aristippo und Lucio, verhafftet, zu tilgen, und besagtem Mævio diese 1000. Rthlr. an nur benannte beyde Handelsleute in Breßlau zu bezahlen, Ordre zu ertheilen, gesonnen wäre. Wie dann würcklich Eingangs erwehnter Stichus Mævio von dieser durch Tullium und Sempronium bevorstehender Auszahlung an ihn schrifftliche Notification gethan, anbey ordiniret, solche 1000. Rthlr. an Aristippum und Lucium abzugeben. Welche Ordre Mævius zu übernehmen sich in Schrifften gegen Stichum anheischig gemacht, und um Einsendung derer an Aristippum und Lucium zu bezahlen versprochenen Gelder sollicitiret. Weil auch Aristippus und Lucius von dieser Mævio ertheilten Ordre Nachricht erhalten, haben selbige Wechselbriefe a 1000. Rthlr. obgedachte Leipziger Oster-Messe zu bezahlen, auf Mævium traßiret, hiernechst selbigem Meldung gethan, er möchte die von Sticho an ihn zu übermachende Gelder zu deren Bezahlung anwenden, widrigenfalls wann diese Gelder nicht eingehen solten, wollten sie ihm hievor annehmliche Satisfaction schaffen, wie dann fernerweit Tullius und Sempronius der erhaltenen Ordre gemäß 1000. Rthlr. im Namen Stichi d. 12 Maji a. c. an Mævium bezahlet, und darüber einen Schein ausgestellt bekommen. Inmittelst und zwar d. 16. Maji a. c. hat sich Stichus bey seiner Obrigkeit nach dem Königl. Polnischen und Chur-Fürstl. Sächsischen allergnädigsten Mandat wider die Banqueroutiers gemeldet, welches jedoch auf allerunterthänigsten Bericht allerhöchsten Orts ihm abgeschlagen, und Stichus auf Ansuchen Tullii und Sempronii zur captur gebracht worden. Welches dann besagten Tullium und Sempronium bewogen, vermittelst eines gerichtlichen Verbots Mævio weder an Aristippum oder Lucium noch sonst iemanden offtberührte 1000. Rthlr. zu zahlen, vielweniger darüber zu transigiren, inhibiren zu lassen; Und ob zwar Mævius die auf ihn trasirte Wechsel-Briefe honoriret und bezahlet, so

so hat er sich doch erkläret, wie er die trassirte Wechsel-Briefe auf Aristippi und Lucii, keinesweges aber auf Stichi Rechnung bezahlet, vielmehr wolle er, weil ihm Stichus mit 1100. Rthlr. verhafftet, die ihm durch Tullium und Sempronium bezahlte 1000. Rthlr. auf seine Forderung annehmen, wird dannenhero gefragt:

1. Ob wann Mævius einräumt, daß er die von Tullio und Sempronio erhaltene 1000. Rthlr. nicht auf Aristippi und Lucii Rechnung, sondern auf seine bey Sticho habende Schuld-Foderung abgeschrieben, er solche 1000. Rthlr. an Tullium und Sempronium wieder zu bezahlen schuldig sey? Ob nun zwar ein Contractus mutuus stricti juris, dergleichen Contractus aber, etiamsi dolus iis dederit causam, nicht ipso jure nulli seyn, auch der §. 16 des allergnädigsten Mandats wieder die Banqueroutiers anhero gantz inapplicable, angesehn in selbigem schlechterdings von erkaufften Waaren die Rede, also ein contractus emti venditi præsupponiret wird, welcher aber allhier nicht existiret.

Dennoch aber und dieweil es mit allen contractibus bonæ fidei diese Bewandtniß hat, daß selbige, si dolus iis dederit causam, ipso jure null und nichtig seyn, dannenhero BRUNNEMAN *ad l. 7 ff. de dolo malo* mit gar guten Success asseriret: Dolus caussam dans contractui contractum bonæ fidei reddit ipso jure nullum, quia initium contractus vitiosum non potest consistere cum pleniore atque exuberantiore ista fide, quam contractus tales requirunt. Practica hujus legis est, ut deceptus tutus sit exceptione, si nihil præstitit, vel si tradidit potentiam debitum repetere, & de dolo replicare. Et sicut dolus dans caussam contractui bonæ fidei ipsum annullat, ita etiam dolus dans caussam distractui seu liberationi a contractu bonæ fidei reddit ipso jure nullum distractum, item LAUTERBACH *in coll. theor. pract. l. 4 tit. 3. §, 6.* his verbis: Dolus dans caussam contractui bonæ fidei reddit eum ipso jure nullum, ingleichen STRUVIUS *in Syntagmate Iuris civ. exerc. 8. l. 4. tit. 3. §. 27.* Dolus dans causam contractui bonæ fidei reddit eum ipso jure nullum, & MÜLLER *in notis ad hunc §. lit. δ.* In his enim contractibus uberior requiritur bona fides *l. 5. C. de Resc. Vend.* in iis tantum valet officium judicis, quantum nominatim ejus rei facta conventio *l. 7. ff. de neg. gest.* adeo ut ne naturalis quidem inde oriatur obligatio, deficit enim hic vinculum naturalis æquitatis, a qua obligatio hæc originem trahit. Ebenmäßig idem MÜLLERUS *loco citato §. 31. lit. a.* eo casu quo dolus

causam

causam habendæ fidei dedit, fides pro non habita, & res non tradita sed fraudulenter ablata censetur *arg. l. 3. ff. de pign. act.* Hinc omnia in re vendita ei qui dolose est inductus ad fidem alteri habendam competunt, quæ alias vero domino, adeo ut si adhuc res extent, in concursu postea creditorum a venditore præripi & vindicari possint, ingleichen STRYCK. *in usu Mod. ad Digesta l. 4. tit. 3. §. 5.* Dolus dans caussam contractui bonæ fidei reddit eum ipso jure nullum. *L. 7. ff. de dolo mal.* Idem *l. c. §. 6.* Si contractus sit nullus pentius ab eo discedere possumus, fernerweit celeberrimus KRESSIVS *in specimine Iurispr. privatæ tit. l. §. 27.* Dolus dans caussam contractui bonæ fidei reddit eum ipso jure nullum, und STRYCK. *in Annot. ad Laut. l. 4. tit. 3.* verbis *nullum*: Quia hic nullus nisi conditionalis consensus, si res ita se habeat, qui consensus detecto errore excluditur, secus ac in metu ubi aliquis consensus ob liberam electionem superest, und bey genauerer Erwegung aller in præsenti casu vorkommender Umstände sich gnüglich äussert, wie allhier ein dolus dans caussam contractui existire, angesehn ein dolus teste STRVV. *in Synt. Iur. civ. exerc. 8. l. 4. tit. 3. §. 24.* in omni calliditate, machinatione ad circumveniendum alterum adhibita besteht, hauptsächlich aber pro specie doli mit zu achten, cum decipiendi caussa aliud agitur, aliud simulatur, und wohl ausser allem Zweifel, wie derjenige dolose handele, welcher bey Schliessung eines Contracts demselben, mit welchem er sich in einen Contract einläßt, diejenigen Umstände sie mögen nun seine Person oder das Objectum Contractus concerniren, nicht angiebet, von welchen er nach denen Reguln der Wahrscheinligkeit judiciren können, daß, woferne dem andern von der existenz dieser circumstantien Nachricht beywohnete, selbiger nicht zu Schliessung des Contracts sich würde haben disponiren lassen, dieserwegen STRYCKIVS *in annotationibus ad* LAVTERBACHIVM *l. 4. tit. 3.* verb. *causam dedit* asseriret: *Dolus* caussam dans contractui dicitur, quando quis ab initio per falsas persuasiones & machinationes adductus ad contrahendum accessit, alias non contracturus si non dolo esset adductus, welcher Meynung auch STRVV. *in Syntagm. Iuris civ. exerc. 8. l. 4. tit. 3. §. 27.* nachfolgender massen beypflichtet, Dolus dans causam contractui est, si quis cum animum contrahendi non habeat, in hoc circumscriptus est, & calliditate adversarii adductus ut contraheret, *l. 7. pr. ff. de dolo malo*, *l. 16. §. 1. ff. de Min.* aus diesen allen aber sich von selbsten erlediget, wie alle machi-

nationes, worunter auch die hinterlistigen simulationes und dissimulationes decipiendi alterius gratia susceptæ, besonders die geflissentliche und vorsetzliche Verschweigung des Status personæ contrahentis, welcher einen ieden vernünfftiger Weise abhalten würde, sich einem augenscheinlichen Verlust auff 1000. Rthl. hoch zu exponiren, pro dolo caussam dante contractui zu halten, dieser Dolus aber allen vernünfftigen Muthmassungen nach Sticho beyzumessen, da er wenige Zeit hernach, als er Tullio und Sempronio die ordre 1000. Rthl. in seinem Nahmen zu bezahlen ertheilet, sich nach dem allergnädigsten Mandat wieder die Banqueroutiers angegeben, folglich zur Zeit der ertheilten ordre, wie er nicht mehr solvendo sey, hinlänglich überzeuget gewesen, zu dem da seinem Suchen allerhöchsten Orts nicht deferiret worden, er pro doloso Bancoruptore declariret, hingegen keinesweges in Zweiffel zu ziehen, wie Tullius und Sempronius die ihnen committirte Auszahlung derer 1000. Rthal. niemahls würden übernommen haben, woferne ihnen auch einigermaßen von dem bevorstehenden falliment offtgedachten Stichi Eröffnung geschehen wäre, zudem in dem §. 12. des allergnädigsten Mandats wieder die Banqueroutiers ausdrücklich disponiret, es lege sich die Intention die Creditores zu defraudiren klar dadurch an den Tag, wann ein Debitor, da er bereits nicht mehr solvendo gewesen, neue Schulden gemacht, hiernächst hauptsächlich in Erwegung zu ziehen, wie das zwischen Sticho, Tullio und Sempronio vorgefallene negotium nicht pro contractu mutui sondern mandati zu halten, angesehen das substantiale mutui nempe traditio rei fungibilis ea lege utendæ facta, ut accipientis fiat & ab eo cui tradita tantundem ejusdem generis reddatur, allhier gäntzlich ermangelt, in Betrachtung derjenige dem auff Verlangen Stichi diese tausend Thaler ausgezahlet, nemlich Mævius, auch diejenige, welche ihre Befriedigung hievon erlangen sollen, nemlich Aristippus und Lucius, secundum primævam intentionem contrahentium keinesweges Tullii und Sempronii debitores werden sollen, diese beyde letztern auch Sticho oftbemeldte 1000. Thl. weder vere noch ficte tradirt, vielmehr der Zusammenhang dieses gantzen negotii sattsam zu erkennen giebt, wie Stichus mit Sempronio und Tullio einen contractum mandati vollzogen, angesehn nach klarer Vorschrifft derer Rechte die auff eines andern ordre zu dessen Besten übernommene expedition eines gewissen negotii sonder allen Zweiffel ein mandatum abgiebet, zumahlen niemand abredig seyn kan, wie derjenige, der ex voluntate de-

bitoris

bitoris sive expressa sive tacita entweder sich vor ihn in Bürgschafft einlässet, oder die dem Debitori selbst obliegende Zahlung leistet, dieses Debitoris Mandatarius sey und die zwischen ihm und besagten Debitore sich hervorthuende Obligation nach denen Reguln des Contractus Mandati zu beurtheilen, welches insgesammt auf gegenwärtigen casum nothwendig zu appliciren, da Stichus Tullio und Sempronio ordre ertheilet, diejenigen tausend Thaler, so er selbsten Aristippo und Lucio zu bezahlen verbunden gewesen, Mævio dieserwegen zuzustellen, damit diese Schuld-Post vermittelst der auf den letzten trassirten Wechselbriefe desto füglicher getilget und in Richtigkeit gesetzet würde, also gleichwie ein Kauffmann der auf Ordre eines andern an des letztern Factor Gelder zu Bezahlung derer auf diesen Factor trassirten Wechsel-Briefe übermachet, einen Mandatarium abgiebet, nicht unbillig auch Tullius und Sempronius, welche von Sticho an Mævium, als denjenigen, der die auf Stichi Rechnung trassirende Wechsel-Briefe bezahlen, und ihn hierdurch a debito liberiren sollen, tausend Thlr. abzugeben beordert gewesen, davor zu halten; Ein Contractus Mandati aber sonder allen Zweifel mit der Qualitate Contractus bonæ fidei versehen, ein Contractus bonæ fidei aber cui dolus dedit causam in so weit der Effect desselben zum Præjudiz des decepti gereichet, ipso jure null und nichtig, vielmehr wegen dieser sich ereignenden Nullität der Mandatarius alle vor dem geschlossenen Contractu Mandati ihme zugestandene Jura behalten muß, worunter auch das Ius dominii mit zu rechnen, welches ihm über die ex Mandato einem Tertio überliefferte Gelder competiret, Tullius und Sempronius aber, ehe die ex Mandato dolo elicito an Mævium beschehe Auszahlung erfolget, Domini von diesen ausgezahlten tausend Thalern gewesen, ihnen aber ein besonders Præjudicium zuwachsen möchte, wenn sie dieses dominii nunmehr verlustig und ausser dem Stand gesetzt seyn solten, diese ausgezahlten tausend Rthlr. zu vindiciren, und sich an die Concurs-Massam des Stichi unter die Chirographarios verweisen lassen müßten, vielmehr ihnen, weil ob angeführter massen der Contractus Mandati quoad effectus mandatarii præjudicio cedentes unbeständig, das Ius dominii und das jus diese ausgezahlten tausend Thaler von Mævio vermittelst der rei vindication wieder zu fordern zukommt, zumalen, da baares Geld eben sowohl, als andere res corporales ein objectum habile rei vindicationis sey, wie unter andern OBRECHT *in diss. de rei vindicatione p. I. p. 320.* deduciret; etiam materia facta ut pecunia numerata vindicari

poteſt *l. 19. §. ſignat. ff. de furt.* Jngleichen MULLER *ad Struvii Synt. Iuris Civ. l. 6. Tit. 1. §. 15. lit. d.* vindicantur res omnes corporales tam mobiles quam immobiles *l. 1. §. 1. 6. l. 10. ff. de rei vind.* und weil nun baares Geld zu denen rebus mobilibus ohnſtreitig zu referiren, nicht abzuſehen, warum ſolches nicht unter die objecta habilia rei vindicationis zu referiren wäre, wovon unter andern BARTHIUS *in Hodogeta for. c. 4. §. 13. p. 832.* nachfolgender maſſen ein conſiderables Exempel anführet: Imo ſi reverſis cum proteſto literis cambialibus & interea bonis lapſo traſſante valuta ſeu pecunia a remittente traſſanti pro cambialibus ſoluta in ſpecie ſeu natura adhuc inveniatur, eam vindicare remittens poteſt teſte CARPZ. *p. 3. dec. 280. n. 4. 5. 15. & 16.* Idem fere dicendum ſi literarum cambialium exactio alicui commiſſa fuerit. Wenn einem ein Wechſel-Brief zu Eincaßirung mit auf die Meſſe gegeben wird, & exacta pecunia in individuo penes eum reperiatur, quin vindicari ad inſtar concrediti posſit, dubitari nequit, wie dann insbeſondere ex *§. 2. I. quibus al. licet* erhellet, daß auch baar Geld vindiciret werden mag, geſetzt auch, es hätte Mævius die an ihm ausgezahlten tauſend Thaler allbereits conſumiret, ſo könnte er ſich doch der rei vindication mit keinem hinlänglichen Prætext entbrechen, poſſesſio enim eſt ficta, ſi quis dolo deſiit posſidere vel liti ſe obtulit. *l. 13. §. 2. ff. de haer. pet.* KRESS. *in ſpec. Iurispr. priv. l. 1. tit. 9. §. 9.* mit welchen ſich BRUNNEM. *ad l. 68. ff. de rei vind. §. 1.* nachfolgender maſſen conformiret. Rerum non poſſeſſarum nomine ſiquidem dolo malo factum quantum in litem ſine ulla taxatione juratum fuerit, condemnatio facienda; item LAUTERBACH. *in coll. theor. pract. l. 6. Tit. 1. §. 12.* pro ficto poſſeſſore habetur, ſi quis dolo deſiit posſidere *l. 27. §. 3. l. 36. pr. & l. 69. ff. de rei vind.* item STRUV. *in Synt. Iur. civ. l. 6. tit. 1. §. 12.* Habetur præterea ex interpretatione juris pro poſſeſſore & utili rei vindicatione convenitur, qui etiam ante litem conteſtatam dolo deſiit posſidere *l. 27. §. 3. ff. de R. V. l. 39. pr. ff.* item BACHOV. *diſp. 11. th. 18.* ebenmäßig HAHN. *in diſſ. de rei vind. th. 56.* Quando itaque ob dolum reſtituere nequeunt, quantum hoc facere ille velit in litem ſine ulla taxatione in infinitum jurare poteſt. *l. 68. ff. de Rei vind.* Mævius auch, wenn er die an ihm bezahlten tauſend Thaler conſumiret haben ſolte, allerdings vor denjenigen zu halten, qui dolo deſiit posſidere, indem er dieſe Gelder nicht titulo ad transferendum dominium habili erhalten, alſo wiſſen ſollen, wie ihm das Recht ſolche zu

con-

consumiren oder zu veralieniren, keinesweges zugestanden, hauptsächlich aber obenangeführter massen gerichtliche Inhibition an ihm ergangen, weder an Aristippum noch Lucium, oder sonst iemanden offtgedachte tausend Thaler zu zahlen, vielweniger darüber zu transigiren, endlich auch Mævio die exceptio compensationis keineswweges zu statten kommen kan, in Erwegung er bey diesem Negotio als ein blosser depositarius zu consideriren, da ihm offtgedachte tausend Thaler zu keinem andern Ende als custodiæ causa, so lange bis Aristippus und Lucius solche abfordern, anvertrauet, keineswweges aber ihm solche titulo ad transferendum dominum habili extradiret worden, compensatio vero ne quidem in deposito irregulari locum habet. FRANZK. *ad ff. ad tit. depos.* nec in deposito licet agatur ad æstimationem rei culpa lata amissæ *l. ult. C. de comp. Ill.* BERG. *oec. jur. l. 3. tit. 15. th. 4. not. 5.* welcher Meynung auch MÜLLEER *ad* STRVV. *exerc. 21. lib. 16. tit. 2. §. 23. lit. h.* in sequentibus verbis Beyfall giebt: compensatio rejicitur a deposito *l. f. C. de compens.* ne compensationis exceptio opponatur depositum repetenti, quia depositum est optimæ fidei & contrahendo quasi contrahatur fiducia depositarii amici fidelioris, ipsius enim electa fides hoc requirit, ut illud ipsum, quod custodiæ causa tantum datum, quandocunque libuerit deponenti confestim reddatur *l. 1. §. 45. ff. depos.* adeo ut nec conventus opponat alterius dominium, sed ad arbitrium deponentis sine ulla mora & quamprimum restituat *l. 1. ff. depos.* & quidem in forma specifica, si res deposita dolo aut lata culpa depositarii sit amissa, aut si desierit rem depositam possidere, depositarius deponenti agenti ad rei æstimationem præstandam, si actor depositario ex alia causa debeat, cum hac pecunia non potest compensare, utut pecunia succedat in locum rei depositæ cum in *L. f. C. depos.* nominatim excipiatur depositum, item BRVNN. *ad L. F. C. de comp.* duo excipiuntur casus, in quibus compensatio locum non habet. Depositum, tum ubi ut exceptio congruat regulæ intelligenda est pecunia vel quantitas debita, vel si dolo depositarii res perierit & ita agatur ad æstimationem, non tamen locum habet compensatio, tum ob fidem quæ sic exuberat, tum ne depositarius dolo suo vel lata culpa sibi compensandi jus acquirat: Nec igitur subsistit eorum opinio, in consumto deposito cessare hoc privilegium, uti vult MEDICES *de compens.* nam non est præsumendum, Imperatorem locutum esse de una tantum specie scilicet de deposita quantitate numerata tradita, zudem wann auch die an Mævium

ausgezahlten 1000. Rthlr. die Natur eines depositi nicht überkommen hätten, es dennoch allhier an denen Haupt-requisitis einer sonst zu Rechte nachgelassenen compensation ermangelte, indem die Rechte klare Masse geben, wie die compensatio nur inter mutuos debitores statt finde, vid. TITIUS *in Iure Privato l. 5. c. 13. §. 7.* Inter eos qui mutui debitores non sunt compensatio cessat, nec potest ex jure tertii illa objici, vel agenti obligatio aliena opponi, *lib. 18. §. 1. ff. L. 9. C. de compens.* hinc maritus ex uxoris, civitas ex civium, debitor principalis ex fidejussoris, filius emancipatus ex patris, procurator ex domini jure compensationem frustra opponit, nec etiam vice versa ab illorum obligatione eam metuit, obangeführter massen aber das jus vindicandi Tullio und Sempronio, welche keinesweges Debitores des Mævii seyn, zustehet, solche auch nicht ex jure Stichi zu agiren nöthig haben, sondern vielmehr ex jure dominii ipsis adhuc competente die ausgezahlten 1000. Rthlr. zu vindiciren berechtiget seyn, welchen allen annoch beyzufügen, wie Mævius sich præsenti casu nicht einmahl der exceptionis compensationis wider Stichum zu bedienen im Stande ist, angesehen das objectum compensandum allezeit in einer solchen Sache bestehen muß, so demjenigen der mit der Compensation sich zu schützen getrauet, eigenthümlich zustehet, die an Mævium ausgezahlte 1000. Thl. aber niemahls an selbigen titulo ad transferendum dominium habili gediehen, folglich er sich dererselben restitution auch nicht sub prætextu compensationis entbrechen kan, und die Regul allerdings gegründet, compensatio tantum locum habet, quando petitur non id quod nostrum est, sed quod nobis debetur, nemlich wann der Debitor so zu der exceptione compensationis seine Zuflucht nimmt, seine rem propriam, zum Exempel baar geliehen Geld auszuzahlen obligiret ist, dannenhero STRUV *in Synt. Iuris civ. exerc. 21. l. 16. tit. 2. §. 8.* gar gründlich judiciret: Cum quantitate non compensatur quantitas, si per modum speciei debeatur, v. g. nummi illi qui in certa sunt arca promissi cum alia pecunia *arg. l. 51. 47. §. 1. ff. de leg. 1. l. 30. §. 4. ff. ad L. Falc. l. 37. §. 1. ff. de pecul.* dabey denn das principium wohl in obacht zu nehmen, welches die Doctores besonders MEVIUS in seinen *Decisionibus P. 2. Dec. 131.* aus dem *lege 13. ff. de comp.* zu eruiren pflegen, ubi quod specialiter destinatum, in aliis excluditur compensatio, welche Doctrin er mit nachfolgendem præjudicio illustriret: Debitor liberationis a certis creditis non potest ex alio credito suo compensationem objicere. In contractu emtionis convene-

venerat, ut emtor loco pretii liberaret venditorem ab ære alieno, quo aliis obnoxius fuit, id vero cum isti non adeo in promtu esset, compensare voluit ex credito, quo venditor sibi obstrictus erat, hic vero condemnatus appellans tum aliis ex caussis tum ideo audiri debuit, quod emtor non more quantitatis sed speciei debitor erat obligatus ad liberandum venditorem ab alio eoque speciatim nominato credito, sic debita quantitas speciei nomen habet, ideo compensationem non admittit, videtur etiam in tali casu tunc adesse alia mens contrahentium, aus diesen allen aber der Schluß zu machen, daß niemahls in Ansehn einer solchen Geld Post, so einer nicht zu seinem selbst beliebigen Gebrauch, sondern zu Vollziehung eines in specie ihm anvertrauten negotii in Empfang bekommen, die compensation statt findet. BRVNN. *ad l. 13. ff. comp.* ausser dem ein Kauffdiener, dem sein Herr Geld zu Erkauffung Waaren anvertrauet, solcher auf das ihm noch rückständige Salarium, ein Bothe Gelder, so ihm an andre Orte zu überbringen anffgetragen, auf die Schuld-Post, mit welcher ihm derjenige, so ihm diese Gelder zu transportiren anbefohlen, verhafftet, zu compensiren vermögend wäre, welches doch wohl schwerlich iemand zu behaupten sich unternehmen wird, Mævius aber diese oftgedachten 1000. Thl. in der Intention keinesweges ausgezahlet erhalten, daß er mit solchen nach Gefallen disponiren dürfe, sondern daß er sie zu Befriedigung Aristippi und Lucii anwenden solle.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß Tullius und Sempronius von Mævio die an ihm bezahlte 1000. Rthlr. rei vindicatione und falls solche allbereits consumiret, und die ausgezahlten Müntz-Sorten von abhanden kommen seyn solten, die æstimation derselben wieder zu fodern, sich auch des Iuramenti in litem affectionis hiebey zu bedienen berechtiget seyn.

Auf

Auf die andre Frage entstehet ein Zweiffel, ob Aristippus und Lucius die von Tullio und Sempronio an Mævium bezahlte 1000. Rthlr. interveniendo wieder zu fodern berechtigt seyn?

Ob nun zwar Aristippus und Lucius an dem von Sticho begangenen dolo allem Ansehen nach keinen Antheil haben.

Dennoch aber und dieweil oben angeführter massen Tullio und Sempronio annoch das dominium an denen offtberührten 1000. Rthlr. zusteht, ihnen also niemand an prosequirung ihres Rechtes verhinderlich seyn kan.

So seyn Aristippus und Lucius dißfalls zu interveniren keineswegen befugt. A. B. R. W.

RESPON-

*

* * *

RESPONSVM III.

I. *Cautionis præſtandæ neceſſitas exulat deficiente lege, vel peculiari promiſſione.*

2. *Uxor conſtante licet matrimonio dotem marito ad inopiam vergente repetere poteſt.*

* * *

*

❋

❋ ❋ ❋

RESPONSUM III.

1. Cautionis praestandae necessitas cessat deficiente lege, vel peculiari promissione.

2. Uxor constante licet matrimonio dotem marito ad inopiam vergente repetere potest.

❋ ❋ ❋

❋

* * *

Demnach mein in Rechten gegründetes Gutachten über nachstehende speciem facti verlanget worden, Als erachte ich denen Rechten gemäß, und in solchen gegründet zu seyn. Ist zu Herrn Josephs Vermögen ein Concursus Creditorum entstanden, und seyn dessen Ehe-Gemahlin, Frau Charlottæ, 1500. Rthlr. Ehe-Gelder, und 2600. Rthlr. Paraphernal-Gelder, vermittelst des dieserwegen gesprochenen Designation-Urthels, rechtskräftig zuerkannt worden. Als nun hochgedachte Frau Charlotta um Verabfolgung dieser Ehe-Gelder ex deposito judiciali Ansuchung gethan, hat ein Concreditor, Herr Carl Heinrich, hierwider protestiret, und, wie er solche Verabfolgung nicht geschehen lassen könne, sich erklähret, ehe und bevor oftgedachte Frau Charlotta caution bestellet, daß diese bey ihres Ehe-Gemahls Leben, von denen ihr zuerkannten Dotal-Geldern nichts angreiffen, oder dieses Capital auf einige Art und Weise schwächen wolle; Wie sich denn auch endlich oftgedachte Frau Charlotta, um nicht an Erhebung dieser Dotal-Gelder gehemmet zu werden, sich genöthiget gesehen, die angesonnene Caution zu bestellen. Wird dannenhero gefragt: ob angeregte Caution nicht hinwiederum zu cassiren? Ob es nun wol das Ansehen gewinnen möchte, als ob die Frau Charlotta sich der ihr angesonnenen Bestellung einer Caution auf eine Rechts-beständige Art und Weise zu entbrechen nicht vermögend gewesen wäre, angesehen es annoch in der Ungewißheit beruhet, ob nicht diese Frau Charlotta vor ihrem Ehe-Gemahl versterben könnte, da denn nach deren Todte dieses Ehe-Geld an den maritum tanquam heredem mobiliarem zurücke zu fallen scheinet, also deren Creditorum Interesse erfordern dürfte, damit oftgedachte Ehe-Gelder in völlige Sicherheit gesetzet werden, über dieses auch in dem *l. 29. cod. de jur. dot.* ausdrücklich versehen, daß einer Ehe-Frau nicht soll nachgelassen seyn, den dotem, so sie constante matrimonio repetiret, zu veräusern, oder auch nur zu deterioriren, vielmehr läge ihr ob, ihrem Ehe-Manne und denen mit ihm erzeugten Kindern von diesem dote ex fructibus dotis den nöthigen Lebens-Unterhalt zu reichen. Dennoch aber und dieweil die necessitas præstandæ cautionis nur sodann sich äusert, wann die Gesetze selbige in specie erfordern, und ordentlicher Weise niemand, der sich nicht freywillig zu Bestellung derselben anheischig gemacht, oder welchem es die Gesetze in specie injungiren, hiezu angehalten

werden kan, quippe homines cogere ad Fidejubendum & cavendum est quid onerosum, vid. LINDNER *in Dissert. de cautione de non offendendo §. 11.* und dannenhero auch nicht ein ieder, der etwas zu præstiren oder dem andern zu verlassen verbunden, zu Machung einer Caution, wie er dieser seiner Schuldigkeit nachleben würde, verbunden, wie gar klährlich ex *l. 3. pr. ff. de condict.* causa data causa non secuta erhellet, aus welchem lege unter andern die Dd. das argument zu formiren pflegen, quod is qui ad aliquid faciendum vel non faciendum ex contractu teneatur, præcise ad cautionem præstandam obstrictus non sit, *vide* SCHROETER *in Dissert. de caut. indefinitis c. 2. §. 2.* welches alles mit gar vielen Exempeln illustriret werden kan, in Erwegung ein Verkäuffer seinem Käuffer zur Gewehrs-Leistung verpflichtet, dieserwegen aber, wenn nicht ein besonderes periculum evictionis in limine contractus imminiret, Caution zu bestellen, oder das Kauff-Pretium dem Käuffer so lange, biß diese Cautions-Bestellung erfolget, inne behalten zu lassen nicht pflichtig, *arg. l. 24. cod. de evict. l. 18. §. 1. de peric. & comm. Rei vend.* VVILDVOGEL *in Dissert. de eo, quod justum est circa periculum imminens. §. 17.* welches auch FRANSKIVS *ad Digesta ad Tit. de Evict. num. 715.* dahin extendiret, wenn gleich dem Käuffer hinlängliche Nachricht beywohnet, daß die ihm verkauffte Sache dem Verkäuffer nicht eigenthümlich zugestanden, ingleichen bekannten Rechtens ist, wie ein Pachter zu Abtragung des verglichenen Pacht-Zinses, wie auch Ersetzung alles durch seine starcke Fahrläßigkeit in dem pachtweise innehabenden Grund-Stücke verursachten Schadens verbunden ist, und doch gleichwol der Verpachter ihn dieserwegen zu Bestellung einer Caution nicht nöthigen kan, ja mit denen Eltern hat es diese bekannte Bewandniß, daß selbige nothwendig ihren Kindern die legitimam von ihrem Vermögen zu verlassen necessitiret seyn, dieserwegen aber denen Kindern Caution zu machen nicht angehalten werden, eine iede Ehe-Frau aber marito ad inopiam vergente das Recht geniesset, daß sie eben so wohl, als wenn das matrimonium gäntzlich dissolviret wäre, den dotem nach ihrer Convenienz vindiciren oder repetiren kan, *l. 29. Cod. de jur. dot. v.* BRUNNEM. *ad d. l. &* VVERNHER *Sel. Observ. p. 10. observ. 261.* und dieses alles auf den Fall applicable ist, wenn sich ein Concursus Creditorum zu des Ehe-Mannes Vermögen hervorthut, vid. SCHILTER in *Praxi Jur. Rom. Exercit. 26. §. 120. in verbis:* etiam permanente in matrimonio dos repeti potest, quoties concursus Creditorum adversus maritum excitatur, aut ad inopiam ille vergit, ja es verbibet

bleibet auch nicht einmal ein maritus ad inopiam vergens dominus dotis, indem in *l. 29. cod. de jur. dot.* expresse gesaget wird: ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, non obesse uxori matrimonium adhuc dum constitutum, sed eam posse res dotales vindicare, ut potuisset, si matrimonium dissolutum esset, vid. BRUNNEM. *de Concursu Credit. c. 5. §. 6.* woraus also fliesset, daß, da der Ehe-Frau das jus vindicandi dotem in casu mariti ad inopiam vergentis, und zwar auf eben die Art, als wenn das matrimonium dissolviret wäre, zustehet, sich das Dominium uxoris naturale in plenum verwandelt haben müsse, also des mariti dominium gäntzlich expiriret, denn wenn das matrimonium dissolviret wäre, hätte der Frau alleine das jus vindicandi, folglich auch alleine das dominium dotis zugestanden, also auch in casu mariti ad inopiam vergentis; welcher letzte casus dem casui dissoluti matrimonii in nur allegirten lege gleich geschätzet worden, wowider nichts thut, daß gleichwol einer Ehe-Frau nicht nachgelassen, den dotem constante matrimonio marito etiam ad inopiam vergente zu veräussern, angesehen dieses lediglich zum Nutzen des Ehe-Mannes und derer mit ihm erzeugten Kinder, nicht aber derer Creditorum eingeführet, als welche an die fructus dotis keinen Anspruch machen können, angesehen die Ehe-Frau ihrem in Abfall seines Vermögens gerathenen Ehe-Mann von diesen fructibus dotis weiter nichts zukommen lassen darf, als was zu seiner höchstnöthigen subsistence erfordert wird, vid. STAFINSKY *in dissert. de jure repetendi dotem constante matrimonio cap. 2. §. 37. in verbis:* verius mihi videtur, fructus dotales, qui post matrimonii onera sustentata supersunt, neque marito neque ejus Creditoribus restituendos esse, sed uxoris lucro cedere, uxor enim sua frugalitate sibi non aliis litasse videtur, & fructus ex re sua quæsitos etiam suos facit, dominium namque rei dotalis constante matrimonio regulariter marito competens per restitutionem hanc necessariam ita in mulierem est translatum, ut ejus fructus pariter ad uxorem pertinere videantur, woraus sich also von selbst erlediget, daß, wann die Creditores die alienationem dotis verhindern wollten, ihnen die exceptio tua non interest entgegen stünde, hiernächst auch die Creditores in gegenwärtigem Fall niemals an denen Ehe-Geldern quæstionis einigen Antheil werden erlangen können, indem dem Anführen nach der maritus der successioni futuræ uxoris renunciret, welche renunciation auch in

 Sachsen

Sachſen gültig, vid. KRAUSE *in Diſſertat. de Pacto Hæreditat. Renunc. quatenus in fraud. Credit. fieri poſſit, cap. 3. membr. 2. §. 5.* bey dieſen Umſtänden alſo weder eine rechtliche die Caution erfordernde Verordnung obhanden, noch die Creditores ein Intereſſe, ſo ſie bey dieſer Caution hätten, angeben können, auch eine Cautio indebite præſtita repetiret werden mag, und die erläuterte Königlich-Polniſche und Chur-Sächſiſche Proceß-Ordnung in der Ober-Lauſitz, als wo dieſer caſus vorgefallen, biß dato nicht promulgiret iſt; So erſcheinet hieraus allenthalben ſo viel, daß die von der Frau Charlotta in dieſem Fall beſtellte Caution hinwiederum zu caſſiren.

V. R. W.

RESPON-

RESPONSVM IV.

1. *Transactio tantummodo circa rem dubiam versatur.*

2. *Ex turpi caussa ratione solius accipientis tali promissum non exigi, solutum vero condici potest.*

3. *Turpis caussa ratione accipientis talis subest; si quis eo consilio quid accipiat, ut id peragat, cujus gratis peragendi necessitate est constrictus.*

Demnach

* * *

Demnach mein in Rechten gegründetes Gutachten über nachstehende speciem facti verlanget worden, Als erachte ich in denen Rechten gegründet und zu erkennen seyn: Ist vor Zeiten ein ieder Steuer-Einnehmer im Chur-Sächsischen Territorio und selbigen incorporirten Landen berechtiget gewesen, alljährlich ein Steuer-frey Bier zu brauen, nachhero aber haben Seine Königliche Majestät in Pohlen, unser allergnädigster Herr, vermittelst eines de dato den 12. Novemb. 1710. ins Land ergangenen allergnädigsten Befehls, verordnet, daß zwar diejenigen Steuer-Einnehmer, die bemeldtes Steuer-freyes Brauen vor dem Monat Augusto ejusdem anni zu exerciren berechtiget gewesen, noch fernerweit sich dessen zu gebrauchen befugt seyn sollen, denen übrigen aber wäre solches nicht zu gestatten, und hat auch schon vor dem Monat Augusto besagten 1710. Jahres Herr Conrad die Stelle eines Steuer-Einnehmers, bey der Stadt N. N. biß er Todes verfahren, bekleidet, folglich die Steuer-freye Abbrauung des Bieres biß an sein Lebens-Ende zu geniessen gehabt. Als nun selbiger mense Novembris 1729. verschieden, ist Herrn Johann Georgen die Interims-Administration der Steuer-Einnahme mit allen Emolumentis, so der vorige Steuer-Einnehmer zu geniessen gehabt, allergnädigst aufgetragen worden, welcher auch mense Maji 1730. vermöge des ihm als Interims-Administratori überlassenen Rechts, sich dieses freyen Brauens bedienen wollen, darwider aber Herr Friedrich sich moviret, und zu der Zeit, da bemeldter Herr Johann Georg die Brau-Materialien in das Brau-Haus geschaffet, Holtz zum Unterzünden angeleget, auch würcklich Feuer gemacht, und alles zum Brauen veranstaltet, bey dem Rath zu N. N. wider den Fortgang des angestellten Brauens eine Appellation eingewendet, und hierdurch veranlasset, daß ermeldter Rath gedachtem Johann Georgen das Brauen inhibiret, von dieser Appellation auch nicht eher abstehen wollen, biß ermeldter Johann Georg sich vermittelst einer de dato den 19. Maji 1730. ausgestellten Obligation folgendes Inhalts:

Nachdem ich Endes-benannter mich mit dem Herrn Friedrich wegen des freyen Tranck-Steuer-Bieres auf 29. Rthlr. hoch dato verglichen; Als verspreche ich obige Summe nach geendigten Brauen demselben baar zu bezahlen: an Herrn Friedrichen verbindlich gemacht, aus dieser Obligation

hernach Herr Friedrich wider Herrn Johann Georgen via processus executivi klagbar worden, und weil, nach Maßgebung des Processus executivi, Herr Johann Georg, mit denen hierwider opponirten exceptionibus in die Reconvention verwiesen; zu Bezahlung des libellirten Capitals, samt denen von Zeit der erhobenen Klage aufgelauffenen Zinsen, auch allen verursachten Unkosten Rechts-kräftig condemniret, ihm aber doch seine exceptiones in der Reconvention an- und auszuführen vorbehalten worden, welchem Urthel auch Herr Johann Georg durch würckliche gerichtliche Deposition des libellirten Capitals, und derer von Zeit der erhobenen Klage an zu rechnenden Zinsen, wie auch verursachten Unkosten, Folge geleistet, und ist Herr Johann Georg gesonnen, wider Herrn Friedrichen die Reconventions-Klage anzustellen; wird dannenhero gefraget: ob bemeldter Herr Johann Georg in diesem seinem Vorhaben gegründet?

Ob nun zwar wol sonsten dasjenige, was transactionis causa bezahlet, nicht wieder gefordert werden kan; dennoch aber und dieweil eine jede Transaction anderer Gestalt nicht als eine Transaction anzusehen, als wenn dubietas causæ vorhanden,

vid. BRUNNEM. *ad l. ult. C. de transact.*
STRYCK. *de Caut. contr. Sect. 3. Cap. 7. num. 2.*

Dannenhero auch oben angeführte Obligation keinesweges als eine zu Recht beständige Transaction anzusehen, in Erwegung alhier kein jus dubium vorhanden gewesen; denn ob zwar oftgedachter Friedrich Herrn Johann Georgen, unter dem Vorwand, an dem intendirten Abbrauen durch die interponirte Appellation zu hemmen gesucht, weil ihm als nunmehrigen Steuer-Einnehmer, dieses freye Brauen zustünde, so ist es doch eine durch allerhöchstgedachten Königlichen Befehl schon zur Zeit der eingewandten Appellation decidirte Sache gewesen, wie kein Steuer-Einnehmer, dem dergleichen Einnahme nach dem Jahr 1710. anvertrauet, sich dieses Befugnisses zu gebrauchen berechtiget seyn sollte; zudem ermeldtem Friedrichen sattsam bekannt gewesen, wie theils der vorhergehende Steuer-Einnehmer Conrad bey seinem Leben das Steuer-freye Bier noch nicht abgebrauet, indem die Rechnung sich allezeit mit dem Termino Crucis schliesset, vor selbigem Termin aber dieser Steuer-Einnehmer verstorben, also dessen Erben durch bemeldten Johann Georgen dieses Bier, tanquam partem salarii deserviti abbrauen zu lassen befugt gewesen, ihm also gar kein jus contradicendi

tradicendi zugestanden. Bey dieser der Sachen Bewandniß also, die von Herrn Johann Georgen ausgestellte Obligation nicht als eine Transaction; sondern als ein simplex pactum anzusehen, welchem pacto aber die Exception deficientis juris agendi entgegen stehet, angesehen die Annehmung dieser von Herrn Johann Georgen ausgestellten Obligation eine turpitudinem ratione solius accipientis involviret, von welcher turpitudine FRANZKIUS *ad ff. Lib. 13. tit. 5. n. 5. & 6.* folgender gestalt judiciret: Si turpitudo sit solius accipientis; hæc traditur regula, quod promissum non exigi, quod vero solutum est, condici possit, *l. 1. §. 2. ff. de Condict. ob turp. vel injust. causam.* ex parte accipientis turpitudo toties subest; quoties quis accepit aliquid, ut vel non faciat ea, quæ jure sunt prohibita, vel faciat ea, quæ jure sunt præcepta, seu, quæ facere debet, veluti ut quis, quod commodato accepit, mihi restituat, *l. penult. §. ult. ff. & l. ult. ff. de Condict. ob turp. caus.* licet enim condictioni parens & satisfaciens turpe non faciat, tamen turpe est, cogere aliquem ad dandum, ut faciat id, quod jure tenetur sponte & gratis facere, cum non pactis, sed pudore & officio legum a maleficiis temperare, & solius virtutis amore justa facere deceat.

DONELL. *Lib. 14. com. 25.*

Aus welchen allen gar klärlich erhellet, wie derjenige, so sich aus der Absicht etwas versprechen läst, damit er etwas vollziehe, zu welchem er ohnedem verbunden, sich in einer turpitudine ratione solius accipientis tali befinde. Diese turpitudo äusert sich nun præsenti in casu, denn da oben angeführter massen, Herr Friedrich, so wohl wegen des allergnädigsten Königlichen Befehls, als auch wegen des denen Erben des verstorbenen Steuer-Einnehmers, auch Herrn Johann Georgen zuständigen Brau-Rechts, keine Rechts-gegründete Ursache gehabt, das von Herrn Johann Georgen intendirte Brauen, vermittelst einer Appellation zu hemmen, so hätte es seine ihme obliegende Schuldigkeit erfordert, von der hierwider ergriffenen Appellation abzustehen, und selbiger ohne Entgeld hinwiederum zu renunciren, indem es doch, so wohl der natürlichen Billigkeit, als denen geschriebenen Rechten gemäß, von demjenigen hinwiederum abzustehen, was den andern an seinem jure perfecte quæsito beeinträchtigen, oder ihm sonsten Schaden verursachen kan, wie denn auch sonsten bekannt, daß derjenige, so auf des andern sein Vermögen einen Arrest oder Verboth unzuläßlicher Weise auswürcket, selbigen wiederum umsonst relaxiren zu lassen gehalten, und allen

F 2 hierdurch

hierdurch verursachten Schaden zu ersetzen verbunden, auch derjenige, der durch eine zur Ungebühr eingewendte Appellation dem andern Schaden verursachet, diesen Schaden zu ersetzen; Also um so vielmehr von der Appellation hinwiederum abzustehen, wenn ein Schade daraus zu besorgen, obligiret, dieser Schade auch ohnfehlbar Herrn Johann Georgen und die Conradischen Erben betroffen haben würde, wenn der erste nicht durch Ausstellung der Obligation Herrn Friedrichen zur Renunciation der ergriffenen Appellation disponiret hätte, indem sodann die Unkosten, so er auf Anschaffung der Brau-Materialien gewendet, vergebens gewesen, die Materialien zum Theil selbst verdorben wären, und sie sodenn des Ausschancks in der gesetzten Zeit sich enthalten müssen; Also Herrn Johann Georg so wohl wider die Obligation exceptio turpitudinis ab accipiente admissæ zugestanden, und bekannten Rechtens, daß alle exceptiones, deren man sich in processu executivo propter solam probandi difficultatem nicht bedienen können, in die Reconvention gar wohl deduciret werden mögen, dahero diese Regul allerdings gegründet, quando sola probandi difficultas justam exceptionem excludit, tunc reconventio locum habet, als auch noch über dieses die condictio ob turpem causam zustehe, indem oben angemercket, wie dasjenige, so ex turpi causa bezahlet, gar füglich, vermittelst der Condictionis ob turpem causam, wiedergefordert werden möge; Dannenhero

FRANZKIVS *l. supra alleg. n. 14.*

asseriret, & hæc condictio locum habet, licet res secuta sit, & hoc ideo ne quis ulla ratione ex turpi causa lucrum faciat, *l. 4. ff. de Condict. ob turp. caus.* So erscheinet hieraus allenthalben so viel, wie Herr Johann Georg wohl berechtiget, Herrn Friedrichen reconveniendo in Anspruch zu nehmen, und auf die Restitution des deponirten Capitals, Interesse und Unkosten, wie auch Ersetzung aller verursachten Schäden und Unkosten zu klagen. V. R. W.

RESPON-

RESPONSVM V.

1. *Venditor tenetur rem venditam a pignoris nexu liberare.*

2. *Subhaſtatio voluntaria non extinguit hypothecas.*

3. *Venditor emtori onera ordinaria indicare non tenetur.*

4. *Venditio ad menſuram etiam in acceſſoriis locum habet.*

5. *Venditor emtori poſſeſſionem ſimpliciter vacuam præſtare tenetur.*

*** *** ***

Demnach mein in Rechten gegründetes Gutachten über nachstehende Fragen verlanget worden: Als erachte ich in Rechten gegründet zu seyn. Und zwar auf die erste Frage

Hat Mevius seinen ihm eigenthümlich zugestandenen Garten um und vor 2900 Mrl. oder 2255. Rthlr. Kauf-Summa Sempronio käuflich überlassen, diesertwegen auch eine gewöhnliche Punctation entworffen, so von beyderseits Contrahenten unterschrieben worden, nachhero weichen nur benannte Interessenten von dem Inhalt dieser Punctation ein wenig ab, und vergleichen sich, daß die Summa des Kaufs Pretii sich nicht über 2500. Mrl. oder 1944. Rthlr. belauffen solle, lassen auch dem Raths Collegio des Orts, da das verkauffte Grund-Stück gelegen vortragen, wie Mævius Sempronio seinen Garten vor die zuletzt benennte Summa verkauffet, wie denn auch in dem dießfals gerichtlich ausgefertigten Kauff-Contracte diese Summe als das wahrhafftige Kauff-Pretium angegeben. Alß nun fernerweit Mevius Sempronium wegen rückständigen 1000 Rthlr. Garten-Kauff-Gelder in rechtlichen Anspruch nimmt, der letztere aber der wieder ihn angestellten Klage exceptionem non adimpleti Contractus und exceptionem soluti entgegen setzt, ist in dem darauf erfolgten rechtlichen Erkäntniß Sempronius schlechterdings die libellirten 1000. Rthlr. zu bezahlen condemniret und mit diesen exceptionibus in die Reconvention verwiesen werden. Wann dann nun Sempronius diese seine Exceptiones anietzo per modum reconventionis auszuführen gesonnen, so ist zu untersuchen nöthig, in wie weit er allenthalben fundiret, da denn Sempronius anführet, es habe ihm Mevius den Garten Quæstionis frey und unbeschwert verkaufft, da doch bemeldter Garten annoch mit unterschiedenen Cautionibus, so theils von Mevii Vorfahren, theils von bemeldten Mevio selbst, als welchen seines auf sich gehabten Renth-Amts wegen unterschiedene Einnahmen anvertraut gewesen, und er dieses Immobile loco cautionis auf 1000. Rthlr. hoch unterpfändlich verschrieben, herrühren, behafftet. Ob nun zwar Mevius hierwieder vorschützet, er habe den Garten quæstionis sub hasta erstanden, solchergestalt wären alle von seinen Vorfahren darauf gebrachte onera extrinseca und also auch die Hypothecen und Cautiones erloschen,

schen, die von ihm selbst bestellte Caution hingegen wäre gleichfalls vor cassiret zu achten, indem einer dem an das höchstpreißliche Königliche Cammer-Collegium ausgestellten Cautions-Scheine beygefügten gerichtlichen Registratur diese Worte einverleibet: daß auf eingelangten allergnädigsten Befehl de dato den 1. Martii 1727. diese Caution zu löschen von E. E. Hochw. Rathe sey verordnet worden.

Dennoch aber und dieweil eines jeden Verkäuffers obligation ordentlicher weise zugleich dahin mit gehet, daß er die verkauffte Sache seinem Käuffer in einem solchen Stande zu überliefern verbunden, in welchem sie von allen ausserordentlichen Beschwerungen befreyet, unter diese außerordentliche Beschwerungen aber allerdings auch die auf denen Grund-Stücken hafftende Hypothecen und Cautiones zu rechnen, dieserwegen die Rechte klahre Maße geben, daß ein Verkäuffer einer verpfändeten Sache nicht nur zu Tilgung der auf dieser käufflich überlassenen Sache hafftenden Pfand-Gerechtigkeiten gehalten sey, wie solches unter andern FRANZKIUS *ad ff. l. 19. tit. 1. n. 173.* in diesen Worten anzeiget. Si res vendita reperiatur pignori obligata, venditor pignus luere et rem liberam emtori præstare tenetur, quo nomine actio ex emto emtori competit, sondern noch über dieses, wenn ihm, wie auf bemeldtes verkaufftes Grund-Stück iemand eine Pfand-Gerechtigkeit erlanget, Nachricht beygewohnet, und er solches dem Käuffer nicht angezeiget, actione ad Interesse, außer dem aber wenn er sich diesfals mit der Unwissenheit zu schützen vermögend, von dem Käuffer actione quanti minoris in Anspruch genommen, und so viel von dem bezahlten Kauff-Pretio wieder zu erstatten genöthiget werden könne, so viel weniger der Käuffer, wann ihm das onus pignoris anfänglich bewust gewesen wäre, loco pretii zu entrichten versprochen haben würde, mit welchen allen Perill. a BERGER *in œcon. jur. l. 3. t. 5. th. 15. not. 4.* sich nachfolgender maßen conformiret: Venditor qui celavit emtorem servitutem, censum, canonem aut pignus in re emta constitutum, actione emti ad id quod interest tenetur, si quidem onera scierit *l. 6. 13. 30. ff. de act. emt. & vend.* wie denn auch CARPZ. *p. 2. c. 34. def. 21.* eben dieser Meynung zugethan, in gegenwärtigem Falle auch annoch ins besondere Mevius Sempronio den Garten-Quæstionis frey und unbeschwert zu verschaffen sich anheischig gemacht, zu dem ein mercklicher Unterschied inter subhastationem necessariam & voluntariam sich hierinne äusert, daß zwar was die erstere betrifft, selbige den effectum hypothecarum extinctivum nach sich zieht,

so

so aber nicht auf die letztere appliciret werden kan, indem die Ration, warum in der subhastatione necessaria die Hypothecen ihre Endschaft erreichen, bey der subhastatione voluntaria nicht applicable, denn diese raison beruhet darinne, weil eine subhastatio necessaria ad instantiam creditorum unternommen, zu dererselben Nutzen vollzogen, auch der Käuffer lediglich zur Avantage derer Creditorum das licitirte Kauff-Pretium bezahlet, auch die Creditores von selbigen nach der unter ihnen hergebrachten Ordnung ihre Befriedigung erhalten. vid. Illustr. MENCK. *Tract. Synopt. Process. Jur. commun. & Sax. elect. tit. 39. §. 86.* welches alles bey einer subhastatione voluntaria cessiret, denn eine subhastatio voluntaria wird lediglich zum Nutzen des Verkäuffers, nicht aber derer Creditorum angeordnet, dieserwegen auch unterschiedene andere effectus, welche sonst aus der subhastatione necessaria fliessen, der subhastationi voluntariæ keinesweges zugeeignet werden können, wie man solches aus dem Exempel des remedii *l. 2. C. de rescindenda venditione* wahrnehmen kan, als welches remedium zwar die subhastationem voluntariam, keinesweges aber die necessariam hinwiederum zu refundiren vermögend, vid. MARTINI *in dissert. de Auction. volunt. C. 7. §. 3.* Die von Mevio vorgeschützte Subhastation aber kan anderergestalt nicht als eine subhastatio voluntaria angesehen werden, in Erwegung dem Anführen nach selbige nicht ad instantiam creditorum, oder nach erregtem concursu dererselben, sondern auf Ansuchen und im Namen des Gregorii Erben erfolget, auch nicht angegeben werden kan, daß das erlegte Kauff-Pretium unter die Creditores, nach Maßgebung ihrer Priorität distribuiret worden, welches alles bey einer subhastatione necessaria unumgänglich vonnöthen, endlich auch nicht gesagt werden kan, daß des Mevii Caution selbst würcklich cassiret, indem zwar die angezogene Registratur besaget, es sey diese Cassation auf eingelangten allergnädigsten Befehl von E. E. Hochweisen Rath angeordnet, ob sie aber auch würcklich erfolget, erhellet aus dieser Registratur im geringsten nicht, sondern es müßte zuförderst durch einen in forma probante ausgefertigten Cassations-Schein, und demselben in beglaubter Abschrift beygefügten allergnädigsten Königlichen Rescript dargethan werden, wie die Cassation dem allergnädigsten Königlichen Rescript gemäß würcklich vollzogen. Ja gesetzt, es wäre auch diese Cassation würcklich erfolget, so kan doch Sempronius sich hierdurch noch nicht völlig beruhigen, angesehen Mevii gesammtes Vermögen wegen des von ihm übernommenen Renth-Amts der Höchstpreislichen Cammer

tacite verpfändet. Es hat also auf diesem von Mevio verkaufften Garten so wohl eine hypotheca expressa, als auch tacita gehafftet. Ist nun gleich durch Cassation der verschriebenen Caution die expresse Hypothec auf den verkaufften Garten getilget, so behält nichts desto weniger die tacita hypotheca ihre Rechts-beständige Würckung, denn diese tacita hypotheca ist ein accessorium des debiti principalis, ein ieder aber, dem vom Fisco eine Einnahme anvertrauet, bleibet so lange ein debitor principalis des Fisci, biß er seiner geführten Administration wegen nicht nur richtige Rechnung abgeleget, sondern auch selbige gebührend justificiret; Ob aber diese Justification behörigermassen beschehen sey, oder nicht, muß aus dem von demjenigen hohen Collegio, bey welchem ein solcher Einnehmer in Pflicht genommen, ausgestellten Justifications-Schein dociret werden, woraus sich also von selbst erlediget, daß, so lange Mevius diesen Justifications-Schein nicht produciret, Sempronius wegen des von Mevio verwalteten Renth-Amts nicht in vollständige und behörige Sicherheit gesetzet.

So erscheinet dannenhero hieraus allenthalben so viel, daß Sempronius allerdings befugt, wider Mevium actionem emti anzustellen, und zwar, wenn Sempronio zu Zeit des getroffenen Kauffs die auf dem verkaufften Garten haftenden Hypothecen bewußt gewesen, lediglich auf Tilgung derselben das petitum zu richten, ausser dem aber, wenn Verkäuffer hiervon alleine Nachricht gehabt, Käuffern aber dießfalls keine Meldung gethan, zugleich das Interesse, nemlich lucrum cessans und damnum emergens zu fordern, wenn aber Mevio diese unterpfändliche Beschwerungen unbekannt gewesen, wider diesen Mevium actione quanti minoris zu klagen.

Zum andern entstehet die Frage:

Sollen nicht nur auf dem erkaufften Garten unterschiedene Steuer- und Geschoß-Reste, welche annoch von Mevii Vorfahren abzuführen gewesen, hafften; sondern es hat auch bemeldter Mevius dem Sempronio bey dem Verkauff des Gartens Quæstionis keine Eröffnung gethan, auf wie hoch dieser Garten an Steuer und Geschoß angeleget, besonders aber die Grund-Steuer, mit welchen dieses Grund-Stück belegt, und welches etwas importantes beträgt, gäntzlich verschwiegen.

Ob nun zwar sonsten ein Verkäuffer dem Käuffer alle onera extraordinaria anzuzeigen verbunden; Dennoch aber und dieweil alle diese angegebene onera in ordentlichen Steuern und Gaben bestehen, und bekannten Rechtens,

tens, wie der Verkäuffer nicht verbunden, bey dem Kauff-Contract etwas hiervon zu gedencken, angesehen selbige ohnedem dem Käuffer bekannt seyn sollen, *arg. l. 1. §. 1. ff. de act. emti.* So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß Sempronius wider Mevium dieser verschriebenen Steuern und Gaben wegen keinen Anspruch formiren könne, sollte aber Sempronius einige allbereits vor getroffenem Kauff-Contract gefällige onera haben entrichten müssen, die ist er allerdings, von Mevio wieder zu fordern, berechtiget.

Zum dritten entstehet die Frage:

Hat Mevius Sempronio zugleich benebst diesem Garten auch auser demselben liegende 18. Schfl. Acker verkaufft, deroselben in dem Kauff-Contract deutliche Erwehnung gethan, auch ein gewisses Stück Feld übergeben, alwo diese Aecker befindlich seyn sollen, es äusert sich aber nach geschehener Besämung, wie bemeldetes Feld kaum 14. Schfl. beträgt, daher, ob Sempronio dießfalls ein jus agendi zukomme, zu untersuchen nöthig seyn will.

Ob nun zwar Sempronio das Feld würcklich tradirt, er auch bey der Tradition sich mit keiner Protestation verwahret, und ordentlicher Weise die Gefahr einer Sache, so ad mensuram verkaufft, sogleich nach erfolgter Gefahr über den Käuffer gehet;

Dennoch aber und dieweil alhier, respectu dieser Aecker, eine venditio ad mensuram vorhanden, so daraus abzunehmen, weil in dem Kauff-Contract des Feldes nicht überhaupt Erwehnung geschehen, sondern specifice wie viel Scheffel Acker verkaufft seyn sollen, angezeiget, auch diese Anzahl in eben dem Commate, in welchem der verkaufften Sache gedacht, auch eher als die verkauffte Sache selbst benennet worden, da denn bekannten Rechtens, wie bey dergleichen Umständen venditio ad mensuram existire, wie unter andern STRUVIUS *in Synt. Juris Civ. Exerc. 23. l. 18. tit. 1. §. 11.* nachfolgender massen anführet, Venditio ad mensuram fieri intelligitur, quando a certa quantitate & mensura rei incipitur, & postea res subjicitur, vt vendo tibi decem jugera prædii Semproniani, mit welchen allen MULLERUS ad STRUVIUM *exercitat. 23. l. 18. tit. 1. §. 11. sub lit. T.* folgendergestalt sich conformiret: Venditio ad mensuram est, quando res per quantitatem descripta sub conditione mensurationis venditur. Si a mensura & a quantitate rei incipiatur & postea subjiciatur res, v. g. decem jugera agri Semproniani vendo, est venditio fundi ad mensuram.

Nec refert, sive confinia fundi omittantur, vt vendo decem jugera fundi Semproniani, sive non omittantur, ac dicatur, qui clauditur talibus confiniis. Nam utroque modo actus a mensura incipit, auch die Natur der venditionis ad mensuram im geringsten dadurch nicht alteriret wird, daß nicht auf ieden Scheffel Acker ein besonderes Kauff-Pretium gesetzet worden, indem aus dem *l. 35. §. ff. de contr. emt.* zur Gnüge erhellet, wie die venditio ad mensuram sich einerley Effect zu versprechen habe, es mag das Kauff-Pretium distributive oder collective, nemlich auf ieden Scheffel Acker a parte oder überhaupt gesetzt seyn, *Coll. Arg. ad tit. de Contr. emt. thes. 36.* FRANZK. *ad tit. de act. emt. n. 105.* HUBERUS *in Prælect. Jur. Civil. ad ff. l. 18. Tit. 1. pos. 8.* welches alles auch auf den Fall zu appliciren, wenn ein gewisses Grund-Stücke, als das objectum principale, andere bewegliche oder unbewegliche Sachen hingegen als accessoria verkaufft werden, *l. penult. §. 1. ff. de act. emt.* welches BRUNNEMANN *in dissert. de Venditione facta ad corpus & mensuram §. 14.* mit diesen Worten deduciret: venditio ad mensuram etiam in accessoriis locum habet, v. g. si vendo fundum cum 80. doliis ibi existentibus, dolia non ad corpus, sed ad mensuram vendita sunt; dahero der Kauff dieser 18. Scheffel Acker vor einen nach dem Anschlag geschehenen Kauff, oder vor eine Vendition ad mensuram zu halten, ohngeachtet das principal-objectum des Kauffs der Garten, und bemeldte Acker nur als accessoria und nebst diesem Garten verkaufft seyn, der Effect aber einer ieden Venditionis ad mensuram hierinne bestehet, daß præcise so viel von dem Käuffer muß geliefert werden, als dem Quanto nach im Kauff-Contracte angegeben; und wo diesfalls bey richtig unternommener Ausmessung etwas ermangelte, des Verkäuffers Incumbenz erfordert, entweder diesen Mangel zu ersetzen, und dem Käuffer, so viel ihm an angegebenem Quanto mangelt, zu schaffen, oder nach Proportion dessen sich an dem verglichenen Kauff-Pretio decourtiren zu lassen, *l. 40. § 2. ff. de contr. emt. l. 13. §. 14. l. 42. ff. de act. emt. l. 15. ff. de peric. & comm. rei vend.* CARPZOV. *P. 2. c. 33. def. 9.* GOMEZ *2. res. 2. num. 16.* durch die erfolgte Ubergabe aber des dem Käuffer angewiesenen Feldes der Verkäuffer seiner Obliegenheit nach kein sattsames Genügen geleistet; denn selbige nicht gebührend geschehen, nemlich nicht ad eum modum, qui dictus est, ein Käuffer auch durch Annehmung einer erkaufften Sache, zumalen wenn er nicht zugleich von der wahrhaftigen Beschaffenheit derselben hinlängliche Nachricht gehabt, das Recht, an dem

Verkäuffer

Verkäuffer seinen Regreſs zu suchen, nicht verliehret, Sempronius aber zu Zeit der Ubergabe des ihm angewiesenen Feldes, da die Ausmessung noch nicht geschehen, keine Nachricht, wie viel Acker dieses Feld ausmache, beywohnen können; und ob zwar die ante mensurationem beschehene Ubergabe dessen, so nach dem Maaß verkaufft, das periculum hiervon auf den Käuffer transferiret; so lässet sich a translatione periculi auf gegenwärtigen Fall keinen Schluß machen, angesehen nur dieses hieraus folgte, daß, woferne nach der Tradition einige Scheffel Acker durch die Wasser-Fluthen und andere Unglücks-Fälle untergegangen, der Käuffer dieses Abgangs wegen, an dem Verkäuffer sich zu erholen, nicht im Stande wäre, da hingegen der Mangel derer in præsenti casu mit verkaufften 2 Scheffel Acker nicht aus einem nach erfolgter Tradition entstandenen casu fortuito, sondern aus dem Verschulden des Verkäuffers, als welcher weniger überliefert, als er versprochen, herrühret; So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß Mevius schuldig sey, den Abgang derer zwey Scheffel Acker durch würckliche Ubergabe dererselben zu ersetzen, oder so viel, als diese ermangelnde zwey Scheffel Acker werth gewesen wären, von dem allbereits bezahlten Kauff-Pretio heraus zu geben.

Anlangend die vierte Frage:

Hat Mevius Sempronio zugleich nebst offtgedachten Garten ein in selbigem befindliches Wohn-Haus verkaufft, dieses Wohn-Haus aber ist zu Zeit des getroffenen Kauff-Contracts grösten theils einem andern Miethweise überlassen gewesen, und Verkäuffer selbst hat sich die Vermiethung einiger Cammern zu seinem eigenen Gebrauch ausgezogen, dahero auch die Tradition besagten Gebäudes an Sempronium ein Vierthel-Jahr später als versprochen erfolget; wodurch Sempronius in empfindlichen Schaden gesetzt, angesehn er nicht nur ein gantzes Vierthel-Jahr über den Gebrauch dieses aus drey Stuben und acht Cammern bestehenden Garten-Haußes entbehren müssen, sondern auch die Conductores desselben unterschiedenes zum Nachtheil des Gartens gereichendes vorgenommen, wird dannenhero gefragt, ob nicht Sempronius diesfalls ad Intereſſe klagen und selbiges durch das Iuramentum in litem erweislich machen könne.

Ob nun zwar wohl das Iuramentum in litem allhier nicht statt findet, in dem durch selbiges das fundamentum actionis niemahls bewiesen werden mag, sondern nur so dann applicable, wenn das objectum in litem

deductum durch einen ordentlichen Beweis dargethan, und die Frage de æstimatione hujus litis vorfällt. Dennoch aber und dieweil bekandten Rechtens, daß ein ieder Verkäuffer, seinem Käuffer simpliciter vacuam possessionem zu gesetzter Zeit zu verschaffen, verbunden *l.* 2 §. *1. ff. de act. emt.* Simpliciter vacua possessio aber diejenige genennet wird, welche weder ein possessor naturalis noch civilis occupiret, diese Verbindlichkeit des Verkäuffers sich auch dahin extendiret; daß er, im Fall der Käuffer die simpliciter vacuam possessionem zur gesetzten Zeit nicht erlanget, selbigen Käuffer so wohl die diesfalls entrathene Nutzungen zu præstiren, als auch den so wohl durch den Verkäuffer selbst, als auch durch den, so causam ab eo habet, nehmlich durch seinen Miethmann verursachten Schaden zu ersetzen obligiret v. Perillustr. a BERGER *in œcon. jur. L.* 3. *tit.* 5. *num.* 15. *not.* 3. So erscheinet hieraus so viel, daß Mevius Sempronio so wohl diejenigen Nutzungen, welcher dieser letztere wegen der zu spät beschehenen Ubergabe des mit verkaufften Wohn-Haußes entbehren müssen, zu bezahlen, als auch den Sempronio durch ihn und seine Mieth-Leuthe verursachten Schaden zu ersetzen pflichtig.

Fünftens will dahero Zweifel erwachsen: Es seyn dem zwischen Mevio und Sempronio aufgerichteten Kauf-Contract unter andern diese Worte einverleibet. Es verkaufft Mevius seinen Garten an Sempronium samt dem daselbst befindlichen Wohn- und Garten-Hause, und den dazu gehörigen 18. Schfl. Görlitz'sches Maaß Acker ꝛc. nebst dem vorhandenen Vieh, Acker- und Garten-Instrumentis nach mehrern Inhalt des Beylaß-Zedduls, auch allen, was Erde, Wand, Band, Mauer, Nied- und Nagel-feste ist, und in summa, wie alles vorietzo stehet und lieget:

Dessen solcher gestalt abgehandelten ohngeachtet hat Mevius kein Bedencken getragen, nach getroffenem Kauff-Contract allerhand zum beständigen Gebrauch des verkaufften Grund-Stücks gewiedmete Mobilien heimlicher weise wegzuschaffen; wird dannenhero gefragt, ob nicht Mevius zu deren Restitution vermittelst eydlicher Specification angehalten werden könne. Ob es nun zwar das Ansehn gewinnen möchte, wie die im Kauff-Contracte befindlichen Worte: nach mehrern Inhalt des Beylaß-Zedduls: eine Restriction anzeigten, und also nur diejenigen Mobilien vor verkaufft zu achten wären, deren in diesem Beylaß-Zeddul Erwehnung geschehen, über den richtigen Empfang aber dererselben Sempronius quittiret, folglich dießfalls keine fernere Ansprüche zu formiren berechtiget scheinet;

Dennoch

Dennoch aber und dieweil bewährter Rechts-Lehrer Meynung nach, so oft gewisse Sachen als accessoria verkaufft, und diese accessoria nach einer gewissen Anzahl oder andern Merckmahlen beschrieben werden, dieses Merckmahls aber in einem besondern Commate Erwehnung geschiehet, davor zu halten, es sey die Anzahl, oder das Merckmahl nur Demonstrationis gratia beygefügt, wie unter andern FRANTZKIVS *ad ff. l. 19. tit. 1. n. 259. & 260.* folgender maßen anführet: Vbi conventa est accessio rerum ad certum numerum, interest, utrum numerus limitationis causa in una oratione, verbi gratia, vendo tibi fundum cum octoginta doliis, an vero demonstrationis, in diversa oratione v. g. vendo tibi servum cum peculio, qui in eo habet decem, adjectus sit. Priori casu tantum octoginta dolia debentur *l. penult. §. ult. ff. de act. emt.* Posteriori si plus in peculio quam decem sint, illa quoque debentur emtori, propterea quod plene et absolute venditus sit servus cum peculio; ita intellige *l. 38. in pr. ff. de act. emt.* welches alles sich auch in præsenti casu äusert, indem des vorhandenen Vieh, Acker- und Garten-Instrumentorum zu erst in einem aparten Commate, des Beylaß-Zeddduls wieder in einem andern Erwehnung geschiehet, und endlich die generalen Worte, wie alles ietzo stehet und lieget, besonders anzutreffen, also aus der Generalität dieser Worte fließet, es solle fundus instructus verkaufft seyn, wie alles ietzo stehet und lieget, und der Beylaß-Zeddul ist nur demonstrationis gratia beygefügt; So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß Mevius schuldig alle und iede zur Zeit des getroffenen Kauffs in dem verkaufften Grund-Stücke befindlich gewesene, zu dessen Gebrauch oder Zierath angeschaffte Mobilien Sempronio vermittelst einer eydlichen Specification zu extradiren.

Sechstens wird angeführet: Es verkaufft Mevius anfänglich den Garten Quæstionis um und vor zweytausend neunhundert Marck, nachgehends aber wird mit beyderseits Contrahenten Genehmhaltung diese Kauff-Summe auf zweytausend fünfhundert Marck herunter gesetzt, hierauf bezahlt Sempronius neunhundert vier und vierzig Thaler, erhält auch eine gerichtliche Quittung über diese bezahlte Post, es erhält auch fernerweit Mevius von Sempronio auf Abschlag des Kauff-Pretii dreyhundert und eilf Thaler, und stellt hierüber eine Privat-Quittung aus, es fügt sich aber, daß Sempronius Mevio aus Irrthum und in der Meynung, es sey auf dem Papier, wo die Quittung geschrieben, ein albereits casirter Bienen-Contract

enthal-

enthalten, diese Quittung wieder zurücke giebt, worauf der Mevius auf den Rückstand des verglichenen Kauff-Pretii klaget und vorgiebt, es restire annoch Sempronius tausend Thaler, da doch nicht mehr als sechs hundert restiren, bringet es auch, weil executive geklagt, dahin, daß Sempronius in die Bezahlung der libellirten tausend Thaler condemniret und mit der exception solutionis in die Reconvention verwiesen wird, wird demnach gefragt, ob die solchergestalt zu viel bezahlten dreyhundert Thaler wieder gefordert werden können. Ob nun zwar Sempronius die über dreyhundert Thaler ausgestellte Quittung restituiret, und aus der reddition eines Documents zuweilen geschlossen wird, als ob dadurch der restituens einer solcher Uhr-Kunde die ihr sonst beywohnende Krafft habe benehmen wollen; Dennoch aber und dieweil die Restitution dieser Quittung ex errore geschehen, das rückständige Kauff-Pretium aber nicht durch die Quittung, sondern durch die beschehene Bezahlung der dreyhundert Thaler biß auf 600. Rthlr. ipso jure getilget, also Sempronius nicht mehr als 600. Rthlr. annoch schuldig gewesen, der letztere Kauff-Contract aber den ersten, in so weit von der Kauff-Summe darinnen disponiret, hinwiederum aufgehoben, voluntas enim posterior tollit priorem, auch mutuo dissensu vor einen getroffenen Contract gar wohl entweder gäntzlich oder zum Theil abgewichen werden kan, übrigens alle exceptiones altioris indaginis, wenn sie aus solchen fundamentis herrühren, welche die ehemals vorhanden gewesene obligation ipso jure aufheben, oder auch nur verringern, und in dem Haupt-Proceß ihrer Illiquidæt wegen nicht opponiret werden mögen, in der reconvention ausgeführet werden können, wobey man sich auch gar wohl der Eydes-Delation bedienen kan.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß Sempronius von Mevio die zu viel bezahlten 311. Rthlr. nebst Interesse, auch allen verursachten Schäden und Unkosten vermittelst der Reconvention wieder fordern könne. A. V. R. W.

(o)

RESPONSVM VI.

1. *Mora deficit deficiente dolo & culpa debitoris.*

2. *Transactio versatur tantum circa rem dubiam.*

* * *

Demnach mein in Rechten gegründetes Gutachten über nachstehende speciem facti verlanget worden, als erachte ich denen Rechten gemäß zu seyn: Ist Herr Johannes Todtes versahren, und hat seine vier Herren Söhne zu Erben eingesetzt, doch bescheidentlich und also, daß die ersten drey Herren Gebrüdere nur in legitimam succediren, dem zuletzt benannten Herrn Bruder aber das gesammte übrige Vermögen nach Erbgangs-Recht anheim fallen sollte, wie denn in besagter testamentarischer Disposition unter andern auch dieses versehen, es sollte der letzt benannte die hinterlassenen fünf Lehn-Güther, nach dem disfalls im Testament gemachten Preiß, mit zu seiner Erb-Portion überkommen, hingegen sollten die übrigen obligiret seyn, sich dasjenige in legitimam imputiren zu lassen, was sie allbereits nach Maßgebung derer dieserwegen ausgestellten Quittungen erhalten hätten. Und weil der älteste allbereits von dem hochseeligen Herrn Vater so viel erhalten, daß das quantum desselbigen das quantum der legitimæ übersliege, so sollte der letztere ihm 50. 60. biß 100. Thaler alljährliche Aliment-Gelder reichen, doch so, daß die Determination dieser Summe lediglich denen Umständen der Zeit zu überlassen. Es hat aber dieser letztere in Erwegung gezogen, wie seine Brüder sich in sehr elenden Umständen befänden, besonders wie der älteste Herr Bruder, benebst seiner Frau Ehe-Gemahlin, wenn der väterlichen Disposition allenthalben Folge geleistet würde, an seiner benöthigten Subsistence Mangel leiden müste, hat dannenhero sich bewegen lassen, mit seinen gesammten Herren Brüdern folgendergestalt zu paciſciren: Nemlich dem ältesten Herrn Bruder wird zu seiner bessern Subsistence und als Aliment-Gelder ein Capital von 5000. Thalern dergestalt ausgesetzet, daß ihm zwar nachgelassen, alljährlich die Interessen hiervon einzuheben, und zu seinem Nutzen anzuwenden, was aber das Capital selbsten anlanget, soll ihm nicht frey stehen, dessen auf einige Art und Weise sich zu bemächtigen, vielmehr soll dieses Capital auf denen beyden Güthern Tusculano und Elysia unterpfändlich hafften, und daferne die zwey jüngern Herren Brüder, als Besitzere benannter Güther, selbige an iemand anders zu veräusern resolviren würden, sollten sodann dieselbe obligiret seyn, das Capital derer 5000. Rthlr. von nun und Augenblicks an in andere liegende Gründe und Güther sicher unterzubringen, wobey noch ferner verabredet, daß das

Capital derer 5000. Thlr. nach des ältesten Herrn Bruders ohne Erben erfolgtem Ableben denen zwey jüngern biß auf 800. Thaler zufallen, der Rückstand aber dieses Capitals a 800. Thlr. sollte die Wittbe Zeit Lebens, oder doch wenigstens so lange sie ihren Wittben-Stuhl nicht verrückte, vermittelst Einhebung der jährlichen Interessen, zu geniessen haben. In eben diesem Vergleich überläßt der jüngste dem secundo und tertio genito fratri die Güther Tusculanum und Elysiam. In erst benanntem Vergleich ist auch dieses mit enthalten, es sollten die sämmtlichen Brüder an die gesammte Hand bey nur gedachten Güthern gebracht werden, auch nach Abzug derer allbereits gemachten Schulden, so in zwey gleiche Theile zu setzen, keiner befugt seyn, sein ihm überlassenes Lehn-Guth höher als zum dritten Theil mit Schulden zu beschweren, da denn, wenn eines von diesen Güthern verkaufft würde, das diesertwegen gelöste Kauff-Pretium, in so weit selbiges zu Bezahlung des dritten Theils nicht nöthig, zu Anschaffung eines andern Lehn-Guthes angewendet, und die sämtlichen Herren Brüder an einem solchen neu-erkaufften Lehn-Guthe zur gesamten Hand gebracht werden sollten; welches pactum auch von diesen Hrn. Brüdern auf eine Rechts-beständige Art und Weise eingegangen, und zur Gerichtl. Confirmation gediehen. Nach Ablauff einiger Zeit verkaufft der secundo Genitus das Guth Tusculanum, kaufft sich hingegen Matropien an, bringt aber seine Brüder an diesem Guthe keinesweges zur gesamten Hand, gedencket auch bey Erkauffung, Bezahlung und Lehns-Reichung bemeldten Gutes keinesweges des verglichenen Lehn-Stammes, auch nicht derer auf diesem Guthe hafftenden 2500. Thlr. Aliment-Gelder, lässet aber doch seine Frau Gemahlin an diesem neuerkaufften Guthe Matropien auf 6600. Thaler hoch verleibdingen. Dieses Guth Matropien aber hat der jüngste von dem secundo Genito erkauffet, in dem zu dem Ende errichteten Kauff-Contracte die Kauff-Gelder in gewissen Terminen abzuführen versprochen, werbey doch die Clausul beygefüget, daß, wann zu gesetzten Terminen die Kauff-Gelder nicht richtig bezahlet, und zum wenigsten mit Entrichtung eines jeden Termins Käuffer sich einen Monath säumig erwiese, Verkäuffer berechtiget seyn sollte, das gesammte Kauff-Pretium in einer unzertrennten Summe zu fordern. In eben diesem Kauff-Contracte verbindet sich Verkäuffer, die auf dem Guthe Matropien ungelöschte stehende Consense benebst seiner Frau Gemahlin beschehenen Verleibdingung binnen Jahres-Frist zu tilgen, welchem Versprechen aber Verkäuffer kein Genügen geleistet, und weil

Käuffer gleichfalls mit denen gesetzten Terminen nicht inne gehalten, so hat Verkäuffer ihn vor dem hochlöblichen Chur-Sächsischen Ober-Amte in N. N. in Anspruch genommen, und unter Vorschützung der begangenen moræ das gesammte Kauff-Pretium gefordert, da dann Herr Beklagter sich mit der exceptione non secuti implementi geschützet, und den producirten Kauff-Contract eventualiter recognosciret, worauf den 15. Julii a. c. folgender Gestalt verabschiedet:

Daß Kläger vor allen Dingen die auf dem Guthe Matropien noch ungelöscht stehende Consense nebst seiner Ehe-Frau Verleibgedingung behörigermassen cassiren zu lassen, und disfalls beglaubte Nachricht ad Acta zu bringen schuldig. Nach dessen Erfolg, weiln Beklagter producirten Kauff-Contract eventualiter bereits recognosciret, Klägers übrigen Suchens halber ferner ergehet, was Recht ist.

Nachhero hat Herr Kläger durch Tilgung der ungelöschten Consense und beschehener Verleibdingung, dem ergangenen Bescheide Folge geleistet, entstehen aber nachfolgende Fragen:

1) Wird gefraget, ob bey dieser der Sachen Bewandniß Verkäuffer die vollständige Summe derer gesammten annoch unbezahlten Kauff-Gelder zu fordern berechtiget, oder ob er nicht vielmehr, wann er auch gleich sonst mit Bestand Rechtens annoch Kauff-Gelder zu prætendiren befugt wäre, sich mit denen auf den erstern Termin gefälligen Geldern a 1500. Thaler begnügen lassen müste?

Ob es nun zwar das Ansehen gewinnen möchte, als ob Käuffer allerdings gehalten, das gesammte Kauff-Pretium in einer unzertrennten Summe zu entrichten, indem ordentlicher Weise solutio particularis einem Debitori nicht nachgelassen, und in gegenwärtigem Falle der deutliche Innhalt des über das Guth Matropien getroffenen Kauff-Contracts besaget, wie, daferne wider Verhoffen Käuffer mit dem gesetzten Termine an Capital und Interessen nicht allemahl richtig inne hielte, sondern länger als einen Monath, von der Verfall-Zeit an zu rechnen, damit aussen bliebe, Verkäuffer Fug und Macht haben solte, den gesamten Rückstand des Kauff-Geldes, oder so viel ihm davon beliebte, ohne die gesetzte Termine zu erwarten, mit denen aufgeschwollenen Zinsen so fort von Käuffern einzutreiben. Demnach aber und dieweil der über das Guth Matropien getroffene Kauff-Contract klahre Maße giebet, wie das Kauff-Pretium in gewissen Terminen zu bezahlen, von beyderseits Contrahenten beliebet, also fides habita de pretio

vorhanden, bey welchen vorwaltenden Umständen ordentlicher Weise die præsumtion zu fassen, man habe die Summe des Kauff-Pretii wegen der vergönneten dilationis temporis erhöhet, und sonder Zweifel mit auf das Interusurium reflectiret, angesehen gemeiniglich ein Verkäuffer eine Sache, so er nicht um baar Geld, sondern auf Termine käufflich überläst, höher anzuschlagen pfleget, deswegen sagt Illustr. LEYSERUS in seinen *Medit. ad Pand. spec. 211. obs. 6.* Emtor, qui certo die se pretium numeraturum promisit, etsi ante possessionem nactus sit, ad usuras tamen interim non obligatur. Nam qui rem suam non præsenti pecunia vendit, hanc ipsam, quam emtori indulget, moram eidem imputat, & addito interusurio pretium auget, plusque exigit, quam exegisset ab alio, cui fidem habere necesse non habuisset. Woraus sich von selbsten erlediget, daß, wenn anietzo von diesen Terminen abgegangen werden solte, Käuffer in effectu mehr Kauff-Pretium, als er versprochen, bezahlen müste, plus enim tempore solveret. Das dem Kauff-Contracte einverleibte Pactum, wie nemlich Käuffer auf dem Fall, wenn er mit einem Termin nicht inne hielte, die gantze Kauff-Summe zu bezahlen verbunden seyn sollte, ist sonder Zweifel aus der Absicht, daß des Käuffers contumacia in non solvendo coerciret würde, inseriret, eine contumacia aber præsupponiret ordentlicher Weise einen dolum oder doch äuserſten Falls eine moram culposam, welches doch præsenti in casu gäntzlich cessiret, indem sich bey genauer Betrachtung aller vorfallender Umstände gnüglich äußert, wie alle diejenigen Requisita, so sonst eine moram nach sich ziehen, allhier gäntzlich ermangeln. Denn da statuiren die bewärthesten Rechts-Lehrer mit gar guten fundament, wie eine mora in einer cessatione bestehe, quæ ex causa non justa proficiscitur, dieserwegen auch STRUVIUS in *Syntagm. Iuris Civil. Exercitat. 27. Lib. 22. T. 1. Thes. 69.* nachfolgende Idee von der Mora formiret: Mora est solutionis debito tempore præstandæ, vel recipiendæ injusta seu frustratoria dilatio. vid. ARUMAEUS in *Tr. de Mora, Cap. 2. n. 21.* BEYM. *lib. singul. de mora. n. 1.* zu dem Ende in *l. 21. ff. de usur.* erinnert wird, non omne, quod differendi causa fit, moræ annumerari, und *l. 22. ff. de usur.* besaget gar deutlich, eine mora existire sodann allererst, wenn die angemaste dilation ex studio fraudandi ihren Ursprung herleite, vid. MAYER in *Diss. de mora creditoris*, wohin auch der *l. 24. ff. de usur.* incliniret. Welches alles zur Gnüge zu erkennen giebet, wie keine mora vorhanden seyn könne, wann der Debitor die Entrichtung der ihm sonst zu bezahlen obliegenden Schuld-Post aufzuhalten, Rechts-gegründete

Ursache gehabt, welche Rechts-gegründete Ursache præsenti in casu so wohl aus der iedem Kauff-Contracte beywohnenden Natur als auch dem über das Guth Matropien getroffenen Kauff-Contract mit inserirten speciellen Pacto herzuleiten. Was das erstere anlanget, so ist wol außer allem Zweifel, wie ieder Kauff-Contract ein Contractus correspectivus oder bilateralis, da es denn so wohl der Billigkeit, als denen geschriebenen Rechten gemäß, daß Niemand aus einem solchen Contract etwas mit Bestande Rechtens zu fordern befugt sey, als welcher bemeldtem Contract an Seiten seiner zuförderist völliges Genügen geleistet; ex contractu enim correspectivo nemo agere, excipere, aut ullo modo petere potest, nisi ipsemet primo contractum ex sua parte ad amussim impleverit *l. 13. §. 8. ff. de act. emt. l. 54. §. 1. loc. cond.* CARPZ. *Dec. 9. n. 16.* MEVIUS, *P. 8. Dec. 173. n. 3.* Deßwegen auch einem ieden Käuffer das Recht zustehet, das Kauff-Pretium so lange inne zu behalten, bis Verkäuffer die Præstation desjenigen, worzu er sich im Kauff-Contracte anheischig gemacht, allenthalben erfüllet, MEVIUS. *P. 7. Dec. 368.* HORNIUS *Clas. II. Resp. 25. p. 632.* wie denn einem ieden Beklagten, so ex contractu bilaterali in Anspruch genommen wird, sich der Exceptionis non adimpleti contractus zu gebrauchen frey stehet, cum nihil magis bonæ fidei congruat, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est. *l. 11. §. 1. ff. de Act. emti.* quod etiam receptum est in venditore agente ad pretium consequendum, nam emtor, si venditor rem venditam non tradiderit, haud omittere debet exceptionem non admipleti contractus. *l. 11. §. 2. ff. de Act. emti.* quamvis enim jus agendi statim adsit contractu perfecto, cum effectu tamen neque emtor neque venditor agere possunt, nisi id, quod præstandum erat, præstiterit, vid. TITII *jus privatum, Lib. 4. c. 3. §. 28.* Dieserwegen auch der aus einem Instrumento, welches einen Contractum bilateralem in sich hält, angestellete Processus executivus, so lange an seinem Fortgange gehemmet wird, biß Kläger zuförderst dargethan, wie er seine Obliegenheit, in so weit ihm selbige vermöge dieses Contracts incumbiret, auf das genaueste beobachtet. vid. Perllustr. a BERGER, *Elect. Proc. Execut. §. 29.* BOEHMER *Ius Eccles. Protest. Lib. 2. tit. 19. §. 11.* RIVINUS *in Enunc. ad Tit. 11. ord. Proc. Sax. Enunc. 53.* MENCKE *Tract. synopt. Proc. Disp. 7. Tit. 11. §. 13.* Welcher Meynung auch unterschiedene andere berühmte ICti beypflichten, als GAIL. *Lib. 2. obs. 17.* in nachfolgenden Worten: In omni contractu ultro citroque obligatorio id obtinet, ut actor teneatur a sua parte prius satisfacere contractui, und BRUNNEM.

ad

ad *l. 13. §. 8. ff. de Act. Emt.* ist eben dieser Meynung in folgenden Worten: Qui differt facere, quod debet, non potest petere quod ei debetur, semper qui se in contractu fundat, debet implementum a sua parte probare: mit welchen allen sich Perillustr. a WERNHER in *Enunc. P. I. Enunc. 210.* wie auch in *observ. forens. P. 1. obs. 148.* conformiret. Gleichwie nun aus diesen allen zur Gnüge erhellet, wie Herr Käuffer nicht eher obligiret gewesen, mit Abtragung des Kauff-Pretii den Anfang zu machen, biß Herr Verkäuffer seinen ihm obliegenden præstandis satisfaction geleistet, so wird man allerdings zu consideriren haben, in wie weit Verkäuffer vor Ablauff des zu Auszahlung des Kauff-Pretii gesetzten ersten Termins, den Kauff-Contract erfüllet; Daß aber diese Erfüllung nicht geschehen, erhellet hieraus, weil Herr Verkäuffer die auf dem Guthe Matropien hafftende Hypothecen nicht eher getilget, und zur Cassation gebracht, als da der erste Termin allbereits verflossen gewesen, folglich kan auch nicht gesaget worden, daß er eher dem Kauff-Contract nachgelebet und selbigen adimpliret, indem ja bekannten Rechtens, daß ein ieder Verkäuffer ordentlicher Weise die verkauffte Sache dem Käuffer ohnbeschweret und von allen Hypothecen befreyet zu verschaffen, und zu tradiren schuldig, wie unter andern Illustris MENCKE in *Synops. Theor. & Prax. Pand. Lib. 19. Tit. 1. §. 8.* nachfolgender massen asseriret: Venditor tradere debet rem liberam a pignoris jure, ingleichen Perillustr. a BERGER in *Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 5. §. 15. not. 4.* in diesen Worten: Tenetur venditor ad præstandam simpliciter vacuam possessionem & in pignore tenetur ad rei liberationem, *l. 52. §. 1. ff. de Act. Emt.* Ja der *l. 5. C. de Evict.* bemercket gar deutlich, quod venditor debeat liberum præstare fundum, wie denn auch der Herr Autor des mit CARPZOVII *Præfation* edirten *Promtuarii juris*, sub voce: *Venditio, num. 40.* angezeiget, es sey ein Käuffer das Kauff-Pretium so lange inne zu behalten befugt, biß die auf der verkaufften Sache hafftende Hypothecen getilget; Was aber, vor das andere, das oftgedachtem Kauff-Contracte inserirte specielle Pactum concerniret, so kömmt selbiges Käuffern, nebst der klaren Verordnung nur angeführter Rechte hoc successu zu statten, daß man ihm keine moram wegen unterlassener Bezahlung derer auf den ersten Termin zu bezahlen versprochenen Kauff-Gelder beymessen mag, angesehen ja, vermöge oftgedachten Kauff-Contracts, Verkäuffer die auf dem Guthe Matropien ungelöscht stehende Consense benebst seiner Frau Gemahlin beschehenen Verleibdingung binnen Jahres-Frist zu tilgen, versprochen;

sprochen; dieses Pactum giebt allerdings einen partem contractus emti ab, nam quæ per pactum adjiciuntur, insunt contractibus *l. 7. §. 5. ff. de Pact. l. 1. §. 6. ff. Depositi.* und müssen diese Pacta eben so wohl als das, so ad essentiam contractus gehöret, von demjenigen erfüllet seyn, der den andern ad adimplendum contractum anhalten will, wie dieses STRYCK in *Usu Modern. Lib. 19. Tit. 1. §. 3.* gar gründlich deduciret.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß Verkäuffer die vollständige Summe derer gesamten annoch unbezahlten Kauff-Gelder zu fordern nicht berechtiget, sondern sich allenfalls, wann seiner Forderung sonst nichts im Wege stünde, und wider ihn die Exceptio compensationis, deren bey Erörterung der andern Frage Erwehnung geschehen soll, nicht statt fände, sich mit denen auf den ersten Termin gefälligen Geldern a 1500. Thlr. begnügen zu lassen schuldig sey.

Zum andern wird gefraget: Ob nicht Käuffer berechtiget sey, das vor das erkauffte Guth Matr~pien versprochene gesammte Kauff-Pretium so lange inne zu behalten, und das jus retentionis hieran zu exerciren, biß Verkäuffer dem, in dem zwischen denen unter Herrn Johannis Söhnen getroffenen Pacto von ihm beschehenen Versprechen, so darinne bestanden, daß er sich anheischig gemacht, die auf das Guth Tusculano übernommenen 2500. Thaler Aliment-Gelder, nach dessen Verkauff, nun und augenblicks gleich wieder auf liegende Güther und Gründe, wo vollkommene Sicherheit man sich zu versprechen, unterzubringen, Gnüge geleistet?

Zugleich entstehet drittens die Frage: Ob dieses jus retentionis so lange statt finde, biß Verkäuffer seinen in nur gedachtem Pacto gethanen Versprechen, kraft dessen er sich verbindlich gemacht, das Guth Tusculanum nicht über das Dritheil zu beschweren, und wenn selbiges verkaufft werden möchte, die zwey Drittheil des Kauff-Pretii wieder zu Erkauffung eines andern Lehn-Guthes anzuwenden; über dieses die übrigen Herren Brüder mit in die Lehn zu nehmen, nachgelebet?

Ob nun zwar das jus retentionis alhier Käuffern dieser in denen angeführten Fragen befindlichen Ursachen wegen nicht zu statten kommen mag, in mehrer Erwegung das jus retentionis ordentlicher Weise nur eines

solchen debiti wegen nachgelassen, welches occasione derjenigen Sache, die man inne zu behalten dencket, entstanden, der *l. un. C. Etiam ob chirograph.* anhero gantz inapplicable, da das vor das Guth Matropien restituirende Kauff-Pretium nicht als ein pignus angesehen werden kan. Dennoch aber und dieweil die Erörterung dieser beyden Fragen, welche ihrer genauen Connexion wegen gar wohl mit einander verknüpft werden können, lediglich davon dependiret, zu welchem genere pactorum der oft angeführte unter denen Herren Gebrüdern getroffene Vergleich zu rechnen, bey genauerer Erwegung aber sich so viel hervor thut, daß bemeldtes Pactum keinesweges, wie es zwar wol das Ansehen gewinnen möchte, vor eine Transaction zu halten, indem bey selbigen die essentiellen requisita, so sonst nach Maßgebung der Rechte zu einer Transaction erfordert werden, gäntzlich ermangeln; Denn da wird dieses allezeit als ein essentiell-requisitum einer Transaction angegeben, daß das Objectum derselben in re dubia & incerta bestehe, *l. 1. ff. de Transact.* COCCEII *jus controvers. Lib. 2. tit. 15. quæst. 6.* welches ins besondere der SCHILTER in *Prax. Jur. Rom. Exercit. 9. §. 4.* gar gründlich deduciret, und unter andern anführet, es müste, wenn eine gültige Transaction existiren sollte, bey der materia transactionis sich entweder dubietas juris oder facti hervor thun, anderer Gestalt sey die Transaction an sich selbst unbeständig, und will nicht einmal einer solchen unkräfftigen Transaction den Effectum pacti beygeleget wissen, erläutert auch diese Doctrin mit einem in Camera Brandenburgica vorgefallenen Casu, als woselbst die von einem Ehe-Mann über einer liquiden Schuld-Post seiner Ehe-Frauen getroffene Transactionen lediglich ex capite certitudinis juris als null und nichtig declariret worden. Ja wie auch noch heutiges Tages transactiones nicht subsistiren, als wenn sie res dubias in sich halten, bezeuget der hochseelige Herr Ordinarius MENCKE in seiner *Synopsi Theor. & Prax. Pandect. Lib. 2. tit. 15. §. 8.* und beziehet sich dießfalls auf den *l. 38. C. de transact.* von welcher annoch heutiges Tages üblichen Praxi Perillustr. a BERGER in *Oecon. Juris Lib. 4. tit. 34. §. 3. lit. d. Not. 1.* gleichfalls ein unverwerffliches Zeugniß ableget, und sich auf den *l. 46. ff. de Administ. & per. tut.* berufft. Considerire man nun den gantzen Zusammenhang des unter denen vier Herren Brüdern getroffenen Pacti, so ist nicht die geringste dubietas juris vorhanden, so dieses Pactum veranlasset haben sollte. Denn einmal ist bekannten Rechtens, wie ein Vater seinen Kindern vermittelst einer testamentarischen

Disposi-

Disposition alle sein Vermögen biß auf die legitimam entziehen könne, welches auch gar wohl auf die in der Ober-Lausitz gelegenen feuda extendiret werden mag, gestalt die Ober-Lausitzische Lehns-Ordnung *pag. 70.* klährlich disponiret, wie ein Vasall auch Lehn-Güther wegen in einem letzten Willen zu disponiren befugt, wenn nur diejenige Person, der er das Lehn-Guth in diesem letzten Willen zugedacht, innerhalb des siebenden Grads mit ihm verwandt, und ohnedem die Anwartung hat, vid. Perillustr. a LUDEWIG in *differ. juris feud. Lusat. atque commun. differ. 17.* gegenwärtiger casus aber in dem Margrafthum Ober-Lausitz vorgefallen. Es ist auch ferner auser allem Zweifel, wie die Kinder sich alles, so sie von ihren Eltern titulo singulari entweder ultima voluntate oder actu inter vivos bekommen, wenn es nur ex substantia dieser ihrer Eltern herrühret, in legitimam sich imputiren zu lassen schuldig, *Nov. 115. cap. 5. l. 36. C. & l. 29. C. de inoff. testam. l. 25. ff. eod.* Illustr. MENCKE in *Synops. Theor. & Prax. Pand. Lib. 5. tit. 2.* §. 20. bey welcher der Sache Bewandniß der jüngste Herr Bruder ohnstreitig assistentiam juris vor sich gehabt, wenn ihm beliebig gewesen, sich aller der Avantage, so ihm in dem väterlichen Testament gegönnet, zu bedienen, seine Herren Brüder mit der Legitima abzufinden, das übrige väterliche Vermögen aber, so nach Abzug der seinen Brüdern zukommenden Legitimæ annoch vorhanden, besonders die ihm in angeregtem Testament angeschlagenen und zugedachten Güther, also auch Tusculanum, sich zuzueignen, da er nun aber dieses sein ihm anheim gefallenes ohnstreitiges Recht benebst einigen Güthern seinen Brüdern überlassen, so ist dieses als eine mera liberalitas, folglich als eine von ihm beschehene Donation anzusehen, welche Donation aber pro donatione sub modo zu halten, denn eine donatio sub modo existiret allerdings, wenn der donator der von ihm beschehenen Donation einige von dem donatario zu erfüllende præstanda beyfüget; zumahl wenn gegründete Muthmassung vorhanden, wie eben diese Donation aus der Absicht, damit diese præstanda desto eher erfüllet werden, herrühren. Alles dieses äusert sich præsenti in casu gar überflüßig, denn da hat zwar der jüngste Bruder unter andern seinem secundo genito fratri das Guth Tusculanum überlassen, dieses aber dabey auch mit ausgedungen, es sollten 2500. Thaler Aliment-Gelder auf diesem Guthe haften; es sollte, so bald dieses Guth verkaufft würde, bemeldtes Capital nun und Augenblicks auf liegende Gründe sicher

und ohne Gefahr untergebracht werden; es sollten, wenn dieses Guth durch einen Kauff zur Veräusserung gediehen, zwey Drittheil des Kauff-Pretii zu Anschaffung eines andern Lehn-Guthes angewendet, und die Herren Brüder in die Lehn genommen werden; Dieses alles seyn solche præstanda, welche klährlich einen modum adjectum donationi anzeigen. Keinem von ietzo angeführten præstandis hat der Donatarius, scilicet secundo genitus biß dato nachgelebet, dieserwegen ihm nach Maßgebung des *l. ult. C. de revoc. donat.* eine ingratitudo beyzumessen, angesehen in nur allegirtem lege die nicht beschehene Erfüllung des modi adjecti mit deutlichen Worten unter die causas ingratitudinis gerechnet wird, welches BERGER in *Oecon. Juris lib. 2. tit. 2. §. 29. num. 13.* indistincte auf alle Fälle appliciret, wenn auch gleich des Donatoris Interesse durch die nicht beschehene Erfüllung des modi adjecti kein Præjudiz zugezogen werde, indem die Worte des *l. ult. C. de revoc. donat.* in gantz generalen terminis abgefasset, und keine Restitution auf den letzt angeführten Fall verstatten; dieserwegen einem ieden Donatori das Recht angedeihen muß, die geschenckte Sache wegen nicht erfüllten modi dem donatario wieder abzufordern, und zwar propter fidem ruptam *l. 3. C. de Cond. caus.* vid. BOCERUS in *Tract. de Donat. cap. 3. num. 92.* welchen auch LEYSERUS in *Meditat. ad Pandect. Spec. 435.* ziemlicher massen beypflichtet, indem er vorgiebet, es müste der modus zum wenigsten maxima ex parte erfüllet seyn, wenn der Donatarius dem periculo revocationis rei donatæ nicht wollte unterworffen seyn. Dieses dem Donatori wegen nicht erfülltem modi zustehende Revocations-Recht kan nun dem Donatori nicht einmal per indirectum entzogen werden, woraus von selbsten fliesset, daß, wenn der Donatarius die ihm sub modo geschenckte Sache, ehe der Donans zur Revocation derselben verschreitet, und also ante motam litem veräusert, sich also auser den Stand gesetzt, die einmal geschenckte Sache wieder zu restituiren, er nichts desto weniger obligiret, den Werth derselben dem Donanti zu ersetzen, denn die propter fidem ruptam nachgelassene condictio ob causam hat sich allerdings diesen Effect zu versprechen, daß, krafft selbiger ein Donator den Donatarium, so die Erfüllung des modi adjecti unterlassen, auch wenn die verschenckte Sache würcklich veräusert oder sonst consumiret, in Anspruch zu nehmen, und die æstimation der geschenckten Sache mit Succeſs zu prætendiren, befugt ist: *arg. l. 2. C. de Cond. ob caus.* welche Meinung auch der Billigkeit gantz gemäß, denn sollte man

der

der Meinung Beyfall geben wollen, als würde, wenn der Donatarius, der durch die unterlassene Erfüllung des modi adjecti seine Undanckbarkeit verspühren lassen, die geschenckte Sache veräuserte, oder durch sein Verschulden von abhanden kommen liesse, der Donator seines juris revocandi verlustig seyn, so würde allerdings der Billigkeit, und denen vorgeschriebenen Rechten zu nahe getreten, wie dieses der DONELLUS, *Lib. 14. Comm. c. 31.* und BOCERUS in *Tract. de Don. cap. 3. n. 98.* mit gar soliden fundamentis behaupten, als welche dergestalt den Schluß formiren: Ein Donatarius ingratus ist dem Donanti zur Restitution der geschenckten Sache obligiret, dieser Obligation kan er sich durch sein eigenes factum, nemlich durch Veräuserung der geschenckten Sache nicht entbrechen, und ist dieserwegen, nach beschehener Veräuserung, die Aestimation der geschenckten Sache zu præstiren schuldig, *arg. l. 91. ff. de V. O. l. 39. ff. de Neg. gest.* diese Aestimation aber muß von dem Donatario ohnstreitig in baarem Gelde abgeführet werden; Ob nun zwar wol sonsten die Rechte besagen, wie quantitas und species mit einander nicht compensiret werden mögen, so leidet doch dieses bekannter massen seinen Abfall, wenn anstatt der speciei die æstimation zu præstiren, wie dieses MÜLLER ad STRUV. *Exerc. 21. Lib. 16. tit. 2. §. 18. lit. δ.* gar wohl nachfolgender massen behauptet: Si speciei peremtæ fiat æstimatio, compensatio speciei fieri potest ad hanc quantitatem, *arg. l. 6. l. 8. C. de Compens.* welche Meynung er an eben diesem Orte *§. 19. lit. φ.* in folgenden Worten wiederholet: quando æstimatio in locum rei succedit, compensatio locum habet etiam in actionibus realibus; welcher Meynung auch der BRUNNEMANN ad *l. 1. ff. de Compens.* beypflichtet, angesehen er dieses statuiret: Compensatio locum habet etiam in actionibus in rem scilicet, quando æstimatio restituenda, ut si vel res restitui non possit, vel ob moram possessoris domino non expediat, vid. BRUNNEM. ad *l. ult. C. de Compens.* alwo die Ration, warum die Compensation in casu æstimationis præstandæ statt finde, beygefüget ist, nemlich cum petitur æstimatio, non petitur, quod nostrum est, sed quod nobis debetur. Und eben dieser BRUNNEMANN illustriret dieses ad *l. 8. C. de Compens.* mit dem Exempel derer indebite eingehobenen Früchte, und giebt aus dem in *l. 8. C. de Compens.* enthaltenen und decidirten Casu, dieses Principium an die Hand: fructibus consumtis & in æstimationem redactis, pecunia cum illis compensari potest, mit welchen allen der HUBERUS in *Prælect. Jur. Civ. Lib. IV. Inst. Tit. 6. §. 30.* überein stimmet. Ist also nur deducirter massen Verkäuffer, da er das ihm ge-

geschenckte, nunmehro aber veräuserte Guth Tusculanum in natura abzutreten, nicht mehr im Stande, den Werth davor an Käuffern zu bezahlen verbunden, wird also Debitor æstimationis in pecunia præstandæ, und seyn also termini compensationis habiles vorhanden.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß zuförderist durch richtige Calculation ausfündig zu machen, wie hoch sich das Pflicht-Theil, das dem secundo genito aus der väterlichen Erbschaft gebühret, belauffen, und wie weit der Werth des Guthes Tusculani dieses Pflicht-Theil übersteige, da denn dieser Werth, in so weit er seinem Quanto nach die Legitimam des secundo geniti übersteiget, mit dem gesammten Kauff-Pretio quoad concurrentem quantitatem zu compensiren, welche compensatio zwar nicht in diesen executivischen Proceß per modum exceptionis, weil sie nicht in continenti liquid, iedoch gar wohl per modum reconventionis in judicium deduciret werden mag. A. V. R. W.

RESPON-

❋ ❋ ❋

RESPONSVM VII.

1. *In successione simultanee investitorum jus repræsentationis locum habet.*

2. *Renovatione investituræ justo tempore non petita simultanee investitus jacturam facit simultaneæ investituræ.*

3. *Dominus directus feudo ad se ex capite feloniæ devoluto non tenetur præstare facta simultanee investiti feloniam committentis.*

4. *Hæredum nomine nonnunquam isti veniunt, quibus hæreditas tantummodo delata est.*

❋ ❋ ❋

Demnach

*** *** ***

Demnach mein in Rechten gegründetes Gutachten über nachfolgende Fragen verlanget worden; Als erachte ich denen Rechten gemäß zu seyn, und zwar auf die erste Frage:

Hat der Rath zu N. N. Herrn Heinrichen das Ritter-Guth Tusculanum in solutum abgetreten, da denn gedachtem Herrn Heinrichen gefallen, seinen Herrn Bruder, nicht weniger seinen Herrn Vetter dergestalt in die Mitbelehnschaft auf- und anzunehmen, daß sie sich, vermittelst eines Reverses, verbindlich gemacht, nach Ableben des primi acquirentis und dessen männlichen Leibes-Lehens-Erben, vierzehen tausend Thaler denen alsdenn vorhandenen Land-Erben baar heraus zu geben, wie denn auch die Mitbelehnschaft dergestalt eingerichtet, daß, nach Abgang des Herrn Heinrichs und dessen männlicher Descendenz, der Herr Bruder und dessen männliche Descendenten, und da deren keine mehr vorhanden, alsdenn und eher nicht, der Herr Vetter und dessen männliche Leibes-Erben succediren sollen, welche denn auch insgesammt, auser einen, Namens Mævio, bey vorkommenden Fällen die Lehn gebührend befolget, allermassen als oben benannter Herr Heinrich Todes verfahren, ihm zwar als Minorenni bey der hochpreislichen Lehn-Curie, auf Ansuchen seines Herrn Bruders, zu Ablegung der Lehns-Pflicht und Empfahung der gesammten Hand biß zu erreichter Majorennität, nicht weniger nachhero bey Seiner Hoch-Fürstl. Durchl. Herrn Herzog Christiani I. Christmildesten Gedächtnisses höchstseeligsten Hintritt, auf benannten Herrn Bruders schriftliches Sollicitiren und Anführen, wie er sich abwesend in Kriegs-Diensten befände, Indult ertheilet, er iedoch bey dem sich hernach am 25. Novemb. 1696. ereigenden Fall eine sechs monathliche Frist, und als auch Seine Hochfürstliche Durchl. Herzog Christianus II. höchstseeligsten Andenckens verschieden, und er auf nur gedachten Herrn Bruders abermaliges Ansuchen de dato den 14. Novemb. 1696. eine viermonathliche Frist, und endlich auf fernerweitiges Anhalten de dato den 3. April 1697. biß nach geendigter Campagne in denen Niederlanden, und zwar längstens biß auf den 11. Novemb. gedachten 1697. Jahres, Dilation erhalten, dennoch diese Frist vorbey streichen lassen, und sich binnen diesen ihme indulgirten Fristen weder persönlich noch schriftlich gemeldet; und als Herrn Heinrichs Herr Sohn und Lehns-Folger um das Jahr 1704. verschieden,

er zwar die Lehns-Renovation schriftlich gesucht, hingegen den 6. May ejusdem anni mit der Resolution versehen worden, wie er zuförderst beyzubringen habe, daß er der Mitbelehnschaft von Fällen zu Fällen richtige Folge geleistet, so aber von ihm unterlassen, immittelst aber ist zu dem hinterlassenen Allodial-Vermögen des letzten descendentis masculinæ lineæ Heinrici anno 1720. nach dessen erfolgtem Ableben ein Concursus Creditorum entstanden, und weil nur bemeldter Descendent ohne Hinterlassung ehelich gebohrner Leibes-Erben verschieden, hat sich dessen einige Schwester, Frau Louysa; ingleichen die von dem ersten Mitbelehnten descendirende Nachkommen, als dessen drey Nepotes und ein Pro-Nepos, nemlich Mævius, in Schriften sich gemeldet, und die erste zwar die in dem Reverse stipulirten 14000. Rthaler, die andern aber die Succession in dem angefallenen Lehn-Guthe, und der letztere, Mævius, Remission und Pardon des begangenen Lehns-Fehlers gesuchet, da denn, des letztern Suchen zu deferiren, des Lehns-Herrn Hochfürstl. Durchl. Bedencken getragen, auch seinem Verlangen von denen übrigen Mitbelehnten widersprochen, indem selbige die alleinige Lehns-Folge, mit gäntzlicher Ausschliessung seiner, prætendiren.

Ob es nun wohl das Ansehen gewinnen möchte, daß allhier die Successio in stirpes nicht statt finden könne, in Erwegung in Sachsen derer Collateralium successio in feuda nicht nach dem Vinculo sanguinis und der daher rührenden Proximitate gradus reguliret, sondern lediglich die Mitbelehnschafft das eintzige fundamentum successionis abgiebt, also auch diejenigen insgesamt so Mitbelehnte seyn ex pacto gleiches jus succedendi zu geniessen scheinen, zumahl im gegenwärtigen Fall die sonst gewöhnliche Clausul nach rechter Sipzahl ermangelt; Dennoch aber und dieweil die successio in stirpes in linea recta in infinitum sich extendiret, und das ex simultanea Investitura erlangte Recht gleichwie andere res incorporales auch ein jus ad hæredes transmissibile abgiebet, die transmissio juris aber nach denen allgemeinen Regeln des Juris succedendi ab intestato zu dijudiciren, indem doch wohl kein Zweifel vorhanden, wie ein Mitbelehnter sein Recht ex pacto, welches er theils mit dem Lehns-Herrn theils mit dem Vasallo, so sich zur Mitbelehnschafft offeriret, herzuleiten; eines solchen in die gesamte Hand aufgenommenen Erben aber insgesamt, in so weit bey selbigen keine Inhabilitæt verspüret worden, gleich nach dieses primi acquirentis simultaneam investituram erfolgte Ableben, ohngeachtet sich das Feudum noch nicht erlediget, in die simultaneam investituram gleichwie in andere Iura oder obligationes

tiones in diem vel sub conditione Contractus succediren; angesehen ja das jus succedendi ex simultanea investitura sich so gleich nach erhaltener Mitbelehnschafft in bonis des simultanee investiti befindet, indem vermittelst der Mitbelehnung der Lehns Herr dem in die Mitbelehnschafft angenommenen verspricht, den Besitz des Lehn-Guthes nach Ableben des Vasallen und dessen männlicher Descendenz zu überlassen. Entstehet also hieraus eine obligatio in diem contracta, diese obligatio ist so gleich nata, so bald die Mitbelehnung erfolget, und wird also pars patrimonii simultanee investiti. Gleichwie nun sonsten es mit denen obligationibus in diem contractis diese Bewandniß hat, daß in selbigen nach des ersten paciscenten Tode dessen Erben succediren, ohngeachtet auf Erfüllung dieser obligation ante adventum diem nicht geklaget werden kann, so mag auch dieses gar wohl auf gegenwärtigen Fall tanquam speciem obligationis in diem contractæ appliciret werden; Es ist also allhier unter denen Mitbelehnten, ob sie gleich noch nicht zu dem Besitz des Lehn-Guthes gelanget, dennoch ratione juris simultaneæ investituræ eine perpetua et successiva successio descendentium vorhanden, allwo das jus repræsentationis kundbahren Rechten nach jederzeit statt findet, und ob zwar dieses allerdings eine an sich selbst gegründete Meynung, wie die successio collateralium in feudis lediglich ex pacto simultaneæ investituræ und nicht ex jure sanguinis ihren Ursprung herleite; So ist doch dieses assertum dem juri repræsentationis præsenti in casu in geringsten nicht hinderlich, denn hierbey zwey distincte concepte wohl von einander zu separiren, nehmlich quo jure dem letztverstorbenen Vasallo in ipsam substantiam Feudi und quo jure dem ersten Mitbelehnten in der Mitbelehnschafft succediret werde, dem letzten Vasallo wird allerdings in ipsam substantiam Feudi ex pacto succediret, dieserwegen ein jeder Mitbelehnter des juris succedendi fähig, wenn er gleich mit dem letzt verstorbenen Vasallo in gar keiner Anverwandschafft gestanden, und kan ihn der Anverwandte des Vasalli, er sey in die Mitbelehnschafft angenommen oder nicht, von der Lehns-Succession keines weges excludiren, woraus also erhellet, daß wenn die zuerst in die Mitbelehnschafft selbst aufgenommene unter sich concurriren, respectu derselben auf die proximitatem gradus keine Reflexion zu machen, da dieses hingegen seinen Abfall leidet, wenn die Sache dahin gediehen, daß die Erben derer Mitbelehnten, wie allhier der casus existiret, die Lehns-Succession prætendiren, denn diese succediren ex jure simultaneæ investituræ ab ascendentibus suis devoluto,

und wird also in ipsam simultaneam investituram nicht ex pacto sondern ex jure hæreditario succediret, welches unter andern daraus abzunehmen, weil die Mitbelehnschafft selbsten einem Mitbelehnten vor sich und seine Erben conferiret wird, woraus allerdings der Schluß zu machen, daß da des Mitbelehnten Erben solo titulo hæreditario in die von denen Ascendenten acquirirte Mitbelehnschafft succediren, sie sich auch den modum succedendi hæreditarium, folglich die succesionem in stirpes müssen gefallen lassen, und pflichtet dieser Meynung bey MAJERUS *Syntag. Iur. feud. c. 4. §. 9. n. 2. in fine*; So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß allhier in stirpes zu succediren, folglich Mævio zur Helffte das Lehn-Guth Quæstionis anheim gefallen sey. Und auf die andere Frage, ob nehmlich nicht Mævius sich an der gesamten Hand versäumet, und dannenhero die ihm anheim gefallene Lehns-Portion auf des Lehns-Herrn Hochfürstl. Durchl. dergestallt devolviret, daß sie sich des Lehn-Guthes, so lange Mævius und dessen männliche Descendence am Leben, pro rata parte zu gebrauchen berechtiget; Ob nun wohl Mævius theils wegen seiner ehemaligen Minorennitæt, theils wegen seiner vorgefallenen Abwesenheit die Præsumtion zu statten zu kommen scheinet, daß ihm kein dolus beyzumessen, der Verlust aber der ihm anheim gefallenen Lehns-Portion als eine Straffe anzusehen, die aber auf ein Delictum gesetzte Straffe ordentlicher Weise einen dolum præsupponiret, viele Rechts-Lehrer hingegen die in Lehns-Sachen begangene Nachläßigkeit zwar mit einer Geld-Straffe, nicht aber mit Cassation der Mitbelehnschafft geahndet wissen wollen; Dennoch aber und dieweil nach Maßgebung derer Sächsis. Rechte, besonders der Churfl. Sächsischen Constitutione 45. P. 2. einem ieden, dem die gesamte Hand verschrieben, oblieget, derselben, wenn sie durch Absterben des Lehns-Herrn oder des Lehn-Mannes gebrochen, innerhalb Jahr und Tag Folge zu thun, und bey dessen Unterlassung der Verlust des ehemahls erlangten juris simultaneæ investituræ dergestallt vorhanden, daß auch ein Tertius, an welchen etwa das feudum hernachmahls veräusert würde, diese exceptionem amissi per feloniam feudi, woferne sich ein solcher Mitbelehnter der actionis revocatoriæ anmaaßen solte, mit Bestande Rechtens zu opponiren befugt wäre. ZANGERUS de *Except. P. 3. Cap. 26. n. 248.* RICHTER *Vol. II. Consil. 91. n. 23.* STRUVIUS in *syntag. Iur. feudal. c. 15. n. 12.* Die forma einer feloniæ aber nicht eben in dolo sondern auch in culpa bestehet, wie solches gar deutlich der Textus *II. feud. 24. §. 2. v. præterea in dolo vel negligentia sua §. 1.* verbis *sine culpa*

culpa II. feud. 5. pr. circa fin. ibi incuriam vel negligentiam besaget ROSENTHAL *S. I. F. c. 10. conclus. 12.* SCHRADER de *feud. II. P. 9. pr. sect. 7. n. 14.* indem eigentlich eine felonie sich iederzeit hervor thut, wenn ein Vasall der ihm obliegenden Lehns-Pflicht nicht nachlebet, und diesfalls kein Unterschied zu machen, ob diese Unterlassung ex dolo vel culpa herrühre, zumahl da die amisso feudi nicht als eine pœna criminalis, als welche ordentlicher Weise einen dolum prærequiriret, sondern als eine pœna conventionalis ex contractu nimirum feudali debita anzusehen, pœnæ conventionales aber ordentlicher Weise alle diejenigen betreffen, so demjenigen, wozu sie sich anheischig gemacht, nicht nachkommen, und also sowohl dolus als culpa der pœnæ conventionali unterworffen, wie denn nach Maßgebung derer Lehn-Rechte die culpa omissionis mit der culpa commissionis ratione feloniæ in gleiche Classe zu setzen, welches aus dem *text 2. f. 7. v. sed etsi impedimentum*, angeführten Exempel wahrzunehmen, indem allda versehen, daß, wenn ein Vasallus die dem Lehns-Herrn bevorstehende Gefahr nicht angezeiget, er sich dadurch des Lehns verlustig mache, wie denn auch *II. f. 24. Pr. 40. 52. §. fin. et 55. Pr. vers. Præterea si quis* gar klährlich disponiret, daß die nicht zu rechter Zeit gesuchte Renovatio investituræ eine feloniæ abgebe. Hiernächst der analogiæ juris feudalis gemäß, wie so gar sola culpa hinlänglich sey, spem acquisitionis, so allhier gar füglich auf die simultaneam investituram appliciret werden kan, aufzuheben *II. feud. 55. §. 2.* welches unter andern BAIERUS in *Delineat. jur. feud. c. 2. §. 2.* angemerckt, indem er allda mit deutlichen Worten sich vernehmen läst: Propter culpam non modo amittitur feudum jam acquisitum, sed & spes successionis amittitur, wie denn auch noch ins besondere, daß ein Vasall des Lehn-Guths wegen nicht gebethener Renovation der Investitur, wenn auch gleich sola culpa concurriret, verlustig werde, nicht nur der *Text. II. Feud. 55. pr. & §. ult.* sondern auch *II. f. 92.* anzeiget. STRUVIUS *S. I. F. cap. 10. th. 8.* Fernerweit eine in Lehn-Rechten ausgemachte Sache, wie jederzeit, wenn die felonie directo wieder den Lehns-Herrn sich äußert, alsdenn die verfallene Lehns-Portion dem Domino feudi so gleich mit Ausschließung aller Agnaten und Mitbelehnten anheim falle *II. f. 22. § fin.* zudem die Leges feudales auf den neglectum petitæ renovationis investituræ die pænam amissionis feudi absolute und nicht mit einer Geld-Straffe alternative setzen, folglich bey einer solcher Gestalt begangenen felonie den Vasallum absolute und nicht alternative

obligiret, des Genusses des Lehn-Guthes oder der Mitbelehnschafft sich zu begeben, in gegenwärtigem casu aber sich eine starcke culpa omissionis äusert, indem Mævio zu Ablegung der Lehns-Pflicht und Empfahung der gesammten Hand eine præclusivische Frist biß zu dem Eilfften Novembr. 1697. gesetzt, welche Frist er aber in so vielen Jahren vorbey streichen lassen, und nicht die gerinste Instanz diesertwegen gethan, gleichwohl aber ein jeder Lehns-Herr bey einer auf diese Art begangenen felonie ein jus quæsitum erlanget, das feudum oder die Mitbelehnschafft einzuziehen; So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß Mævii Antheil an dem Ritter-Guthe Tusculano benebst denen von des letzten descendentis masculi Heinrici Tode an erhobenen Nutzungen des Lehns-Herrn Hochfürstl. Durchl. anheim gefallen, und verbleibt bey Selbiger so lange, biß Mævii Lehnsfähige Descendence völlig mit Todte abgegangen. Auf die dritte Frage will Zweifel entstehen, ob des Lehns-Herrn Hochfürstl. Durchl. wenn Sie Mævii Antheil ob feloniam commissam pro parte überkommen, die in dem Recess versprochene 14000. Rthlr. zu ihrem Antheil abzuführen verbunden; Ob nun zwar wohl angeführet werden will, als ob der Lehns-Herr ex delicto & facto Mævii zur Lehns-Succession gelange, und bloß an dessen Stelle trete, folglich an dem angefallenen Antheil kein mehrers und bessers Recht, als der Vasallus delinquens, dessen Person er repræsentire, gehabt, prætendiren könne, wie denn auch der Fiscus in bona vacantia succedens zu Abtragung derer Passiv Schulden verbunden, auch diesfalls ein mercklicher Unterschied, ob ein Lehn an den dominum directum ex causa aperturæ, oder ob solches ob feloniam commissam ad tempus devolviret werde, vorhanden zu seyn scheinet; Dennoch aber und dieweil allhier eine Consolidatio temporaria sich ereignet, eine jede Consolidatio feudi aber in einer conjunctione utilis dominii cum directo bestehet, und also eine plenariam reviviscentiam extincti dominii pleni effectuiret, eine solche reviviscentia aber eben dieselbige jura wieder ertheilet, so vorhin, ehe das dominium directum & utile separiret, vorhanden gewesen; also eine vollständige recuperationem jurium dominii pleni nach sich ziehet, diese Consolidation aber, sie geschehe ad tempus oder in perpetuum, keinen Unterscheid admittiret, indem ohnedem bekandten Rechten nach diversitas temporis keine diversitatem juris admittiret. Im gegenwärtigen Fall aber ohnmöglich gesaget werden kan, daß der Lehns-Herr ex delicto des Mitbelehnten zur Lehn-Folge gelanget, vielmehr ist allhier gar keine Lehns-Folge respectu des Lehns-Herrn

vorhan-

vorhanden, sondern, die begangene felonie ist nur die Conditio sine qua non, nicht aber causa efficiens, derentwegen das Lehn-Guth pro parte dimidia und zwar sub qualitate allodiali nicht aber feudali dem Lehns-Herrn anheim fällt, und kan ohnmöglich gesaget werden, als ob diese Anheimfallung ex facto & jure Vasalli herrühre, sondern es leitet selbige ihren wesentlichen Uhrsprung ex jure statim in concessione feudi Domino directo reservato her, angesehen es mit denen Lehn-Güthern diese ohnstreitige Bewandniß hat, daß der dominus directus eine particulum dominii sui auf den Vasallum und eventualiter auf die Mitbelehnten ea lege tranferire, wenn sich nehmlich selbige denen Lehn-Rechten gemäß bezeigen, und reserviret sich also auf den Fall, da dieses unterbleibet, das Recht, diese particulam dominii wiederum mit dem noch rückständigen jure dominii zu combiniren; Nun kan niemand behaupten, daß diejenige Person, so ein dominium oder ander jus ex jure reservato recuperiret, wenn auch gleich das delictum des Domini revocabilis hierzu solte Anlaß gegeben haben, solches dominium ex delicto dieses Domini revocabilis erlange, oder dessen Schulden zu bezahlen schuldig sey. Wenn ein Ehemann ein Crimen perduellionis begangen, so fällt zwar dem Fisco das gantze Vermögen des Ehe-Manns anheim, doch muß der Ehe-Frau so gleich ihr fundus dotalis abgetreten werden. Es giebt also das Crimen perduellionis Anlaß, daß die Ehe-Frau wiederum zu dem biß anhero suspendirten dominio pleno ihres fundi dotalis gelange, wer wolte aber behaupten, es erlange die Ehe-Frau dieses dominium ex delicto mariti, sie repræsentire dessen Persohn, oder sey dessen Schulden abzuführen verbunden. Wenn ein donatarius sich gegen seinen Donatorem unerkäntlich erweiset, so seyn gewisse Fälle vorhanden, bey welchen die einmahl geschenckte Sache dem, der sie geschenckt hat, nach vorhergehender Revocation wieder eigenthümlich zufällt; ohngeachtet nun ebenmäßig das factum des donatarii veranlasset, daß der donans das bißher ermangelte Dominium wieder überkommt, so wird doch wohl niemand darzuthun vermögend seyn, als ob der donans die rem donatam ex facto donatarii recuperire, dessen Stelle vertrete, oder zu Abtragung dessen Schulden gehalten sey. Wenn ein usufructuarius die rem usufructuariam nicht auf geziemende Art und Weise gebrauchet, veranlasset er gleichergestalt, daß der Proprietarius berechtiget, den usumfructum mit der bißherigen Proprietät zu consolidiren, niemand aber wird wohl hier auf die Gedancken gerathen, alß ob der Proprietarius dieses erlangte commodum fructuum percipiendorum ex factu usufructuarii zu deriviren habe. Auß

welchen

welchen allen gar klährlich erhellet, wie in præsenti casu das Recht, so der Lehns-Herr geniesset, das Ritter-Guth Tusculanum pro parte dimidia sich völlig zuzueignen, nicht ex delicto Vasalli, sondern vielmehr ex jure in ipsa constitutione feudali reservato herzuleiten, also des simultanee investiti facta keines weges zu præstiren verbunden, und ist nicht abzusehen, wie so gar indistincte gesaget werden mag, es habe der dominus feudi directus kein mehrers und bessers Recht als der Vasallus delinquens, denn wenn dieses assertum beständig seyn solte, so würde auch dieser Schluß hierauß folgen, es verbleibe dieses an den Lehns-Herrn zurück gefallene Antheil des feudi ein feudum, es sey der Lehns-Herr Servitia feudalia hiervon zu entrichten verbunden, welches doch gewiß niemand behaupten kan; allenfalß könte dieses assertum ratione quotæ feudi passiren, nehmlich daß keine mehrere quota feudi dem Lehns-Herrn anheim falle, alß welche dem simultanee investito delinquenti gebühret. Es cessiret also auch dieses, alß ob der Dominus directus den simultanee investitum delinquentem repræsentire, denn eine repræsentatio præsupponiret einen titulum universalem, so aber allhier gäntzlich ermangelt, indem es ja in notorietate beruhet, wie ein dominus directus in casu consolidationis proprio jure & titulo singulari succedire, einem solchen successori aber des antecessoris factum zu keinem Præjudiz gereichen oder einen nexum obligatorium verursachen könne. Betrachtet man nun überhaupt das fundamentum der anjetzo angegebenen obligation, so besteht selbige in einem Revers, dieser Revers aber ist ja nichts anders als ein pactum, so die Mitbelehnten mit den primo acquirente feudum getroffen, ein Pactum aber kan ja niemanden verbündlich machen, als nur die paciscentes und deren Erben, den dominum directum aber wird wohl niemand vor einen Erben derer Mitbelehnten ansehen; Erweget man ferner den scopum dieses Reverses, so seyn die in selbigem stipulirte 14000. Rthlr. ein pretium, oder doch äussersten Falls ein Recompens vor die gegönnete Mitbelehnschafft, wer wolte aber asseriren, daß der dominus directus des Vasalli seinen Erben einen Recompense vor Beybehaltung des Dominii directi und des daher rührenden Iuris consolidationis sollte versprochen haben. Ist ein Lehns-Herr nicht gebunden den Pacht-Contract zu halten, welchen ein Vasallus ratione seines Lehn-Guths mit iemanden getroffen, um so viel weniger kan man ihm ansinnen, etwas zu denen, auf die Art wie allhier geschehen, stipulirten 14000. Rthln. beyzutragen. Denn von einem Pacht-Contracte

könte

könte es noch eher das Ansehen gewinnen, daß selbigen dominus directus zu continuiren verbunden sey, indem bey einem solchen Contract voluntas domini antecedens zu concurriren scheinet, angesehen die facultas locationis Contractum celebrandi ratione feudi von dem domino directo selbsten dem Vasallo per concessionem Dominii utilis concediret wird, hingegen die Freyheit eines Mitbelehnten, sich durch einen Revers verbindlich zu machen, dependiret nicht ex concessione domini directi, sondern ex libertate naturali, indem ein solcher Revers nicht als ein Effectus acquisitæ simultaneæ investituræ oder acquisiti dominii utilis consideriret werden kan; ja es kan ja ein Lehns-Herr nicht deterioris conditionis in casu consolidationis, als ein Mitbelehnter in casu successionis seyn. Nun formiret man bey einem Mitbelehnten die bekannte Distinction inter onera feudi & onera vasalli, und obligiret selbigen zwar zu Ubernehmung derer erstern, nicht aber derer letztern, rechnet auch unter die onera feudi nur diejenigen Schulden, so entweder in utilitatem feudi aufgewendet, und würcklich zu dessen Nutzen gereichen, oder doch mit Consens des Lehns-Herrn gemacht seyn, keines von beyden lässet sich auf gegenwärtige Summe derer 14000. Rthlr. appliciren, indem es wol eine gantz unläugbare Sache, wie diese 14000. Rthlr. nichts zur Conservation, auch nichts zur Melioration des Lehn-Guthes beygetragen, von Ubernehmung derer letztern aber, nemlich ab oneribus vasalli, seyn ja die Mitbelehnten dergestalt befreyt, daß sie nicht einmal zur Bezahlung derer allbereits versprochenen rückständigen Præsent-Gelder obligiret werden, ja überhaupt hat es mit iedweden Schulden, so nur ratione fructuum feudi gemacht werden, diese Bewandniß, daß man selbige niemals unter die Classe derer Lehens-Schulden setzet; Nun sind ja diese 14000. Rthaler von denen Mitbelehnten lediglich aus der Absicht versprochen worden, damit ihnen die Lehens-Nutzungen dereinst angedeyhen mögen. Das Exempel aber a fisco succedente in bona vacantia ist anhero gantz inapplicabel, denn der fiscus succedirt in bona vacantia titulo universali als hæres, der dominus directus titulo singulari, der fiscus succedirt in bona pleno & perfecto jure spectantia ad defunctum, in dergleichen bona, ratione deren der Defunctus nach Gefallen Schulden machen können, da denn die allgemeine Rechts-Regul statt findet, bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno; der dominus directus aber in dergleichen bona, an welchen er allezeit eine particulam dominii übrig behalten, und in Ansehen derer der Mitbelehnte oder Vasall ohne seinen Consens keine Schulden machen dürffen. Der fiscus

erlangt sein Recht allererst durch die Succession, welches ihm der Defunctus gar leichtlich durch ein Testament entziehen können, hingegen der dominus directus succediret ex jure quodam proprio, & jam casum feloniæ antecedente, so auf keine Art und Weise ihm der Vasallus zu imminuiren capable ist. Die Confirmation aber kan dem domino directo so wohl der dieser Confirmation mit einverleibten Clausul, indem apertura perpetua und temporaria einerley Effect sich zu versprechen, und in Rechten die diversitas temporis keine diversitatem juris operiret, als auch der ihr beywohnenden Natur wegen nicht præjudicirlich seyn, angesehen eine Confirmation den Confirmantem ordentlicher Weise vor seine Person zu nichts verbindlich macht; sondern lediglich melioris probationis gratia adhibiret wird, und gesetzt, man wollte auch diese Confirmation vor einen Consens annehmen, so entstünde doch aus diesem Consens nicht die geringste Obligation an Seiten des Lehns-Herrn, denn ein Consens an und vor sich ist kein negotium obligatorium, und hat sich nur sodann einen besondern Effect zu versprechen, woferne solch negotium unternommen wird, so ohne desjenigen, der seine Einwilligung hierinne ertheilet, Genehmhaltung das gewöhnliche Absehen nicht erreichen kan. Also würde zwar im gegenwärtigen Fall, wenn die Mitbelehnten denen Land-Erben des primi acquirentis feudum eine Hypothec auf dem Lehn-Guth eventualiter constituiren wollen, der Consens des Lehns-Herrn von der Würckung gewesen seyn, daß der Lehns-Herr in eine Verbindlichkeit sich gesetzt gesehen, seine quotam als possessor des verhypothecirten Lehn-Guths in casum feloniæ zu denen 14000. Rthlrn. mit beyzutragen. Allein wenn ein negotium obhanden, so ohne dem gültig und seinen vollkommenen Effect erlanget, wenn auch gleich des tertii Consens gäntzlich cessiret, so contribuiret dieser Consens nichts, vielmehr ist consensus in obligationem alienam per se subsistentem ein actus frustraneus. Applicirt man nun dieses auf gegenwärtigen Fall, so hat ja weder der vasallus primus feudum acquirens, noch der Mitbelehnte, sich super jure reali & ad dominum directum transeunte vereiniget, sondern nur mit einander paciscirет, derjenige aber, so in pactum alienum consentiret, wenn seiner in pacto selbst keine Erwehnung geschicht, wird nicht pro compaciscente oder se obligante gehalten. So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß des Lehns-Herrn Hochfürstlicher Durchl. einigen Beytrag zu denen stipulirten 14000. Rthlrn. zu thun, mit Bestande Rechtens nicht angesonnen werden könne.

Auf

Auf die vierte Frage will Zweifel erwachsen, ob die stipulirten 14000. Rthaler des ultimi descendentis Erbin der Frau Louysæ, oder an dessen Concurs Massam zu verabfolgen? Ob es nun wol das Ansehen gewinnen möchte, daß das stipulirte Quantum der 14000. Rthlr. der Concurs-Massæ gebühre, indem in dem Revers die Benennung derer Land-Erben gebraucht, ein ieder Erbe aber die Schulden desjenigen zu bezahlen verbunden, dessen Erben er abzugeben gesonnen ist. Dennoch aber und dieweil alle Pacta in dubio dergestalt zu interpretiren, wie es der mens paciscentium probabiliter zu erfordern scheinet, auch wol alhier am allerwahrscheinlichsten, es habe der primus acquirens feudum mehr vor seine Descendenten, wenn sie auch gleich gradus remotioris seyn, als vor die Creditores seines letztern Descendentis mascul. sorgen wollen, überhaupt auch die Creditores eines Debitoris zwar in die Rechte des Debitoris treten, doch keinesweges solche Rechte mit prætendiren können, welche sich in bonis des Debitoris selbsten niemalen befunden. Nun hat sich ja in des verstorbenen ultimi descendentis masculi Heinrici bonis diese Obligation derer 14000. Rthlr. niemals befunden, also können auch dessen Creditores, da dieses Recht niemals in seinen bonis gewesen, diese Obligation derer Mitbelehnten, als einen partem bonorum ihres debitoris nicht ansehen, oder einiges Commodum dießfals prætendiren, das Wort derer Land-Erben aber ist alhier nur demonstrative gebraucht, und allen Muthmassungen nach auf diejenigen zu appliciren, denen die Erbschaft nur deferiret ist, nicht aber præcise auf diejenigen zu restringiren, so die Erbschaft desselben angetreten, und sich also, dessen Schulden zu bezahlen, anheischig gemacht, indem es der Analogiæ Juris nicht zuwider, daß zum öftern der Terminus hæredis auch denen hæredibus, welchen die Erbschaft nur deferiret, zugeeignet wird, allenfalls aber auch der Frau Louysæ, wenn sie gleich anderer gestalt nicht, als durch Antretung der Erbschaft des letztverstorbenen Vasalli, zur Perception der 14000. Rthlr. gelangen könte, durch das beneficium Inventarii seu juratæ specificationis dergestalt hinlänglich prospicirt wäre, daß sie, von denen 14000. Rthalern an die massam concursus etwas zu bezahlen, keinesweges könte angehalten werden, da bekannten Rechten nach bemeldtes beneficium sich diesen heilsamen Effect zu versprechen hat, daß ultra vires hæreditarias kein Erbe Schulden zu bezahlen angehalten werden kan, unter die vires hæreditarias aber kan ja nichts anders gerechnet werden, als diejenigen bona oder obligationes, so sich in patrimonio defuncti befunden haben, das Recht aber diese 14000. Rthlr. einzufordern, ist ja

niemals in bonis des verstorbenen ultimi descendentis masculi Heinrici gewesen, es erlanget auch solches die Frau Louysa nicht beneficii ultimi Vasalli, sondern vielmehr ex pacto primi acquirentis feudum. So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß die 14000. Rthlr. an die Frau Louysam, nicht aber an die Concurs-Masse zu bezahlen.

Zum letzten und auf die fünfte Frage, ob, wenn der dominus directus zu angeregten 14000. Rthlr. sein Contingent beytragen würde, er nachgehends, wenn sein Recht nach Absterben Mævii und gäntzlichem Abgang seiner männlichen Nachkommen hinwieder aufhöret, er, so viel er beygetragen, von den succedirenden Mitbelehnten wieder fordern könne. Ob nun zwar wol abermals angeführet werden will, es existire alhier der casus, da die in dem Pacto ausgesetzten 14000. Rthlr. abzustatten, es succedire der dominus directus ex jure repræsentationis Vasalli, es gerire selbiger sein eigenes Negotium, und könne ex delicto Convasalli derer übrigen Mitbelehnten Condition nicht deterioriret werden. Dennoch aber und dieweil sich lediglich die Mitbelehnten per modum pacti obligirt gemacht, die 14000. Rthaler zu bezahlen, also lediglich eine obligatio personalis, so den dominum directum nicht afficiren kan, aus diesem Pacto entstehet, die Mit-Belehnten auch diese 14000. Rthlr. in pretium simultaneæ investituræ acquisitæ zu bezahlen versprochen, und obangeführter massen ein ungegründetes Præsuppositum, als ob der Dominus directus ex jure repræsentationis succedire, also er in effectu, wenn er einigen Beytrag thäte, eines andern Schulden bezahlte, folglich des andern negotia gerirte; über dieses ja allerseits Mitbelehnte sich verbindlich gemacht, die 14000. Rthaler zu bezahlen, also diese Obligation ihnen incumbiret, sie mögen zur Lehns-Succession gelangen wenn sie wollen, und so wenig Ursache vorhanden, warum ex delicto Convasalli des Domini directi, als der übrigen Mit-Belehnten Condition deterioriret werden solle, ja deren Condition nicht deterioriret wird, weil sie mit der Zeit eine stärckere Lehns-Portion bekommen; So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß der Dominus directus dasjenige Quantum, so er in Ansehung Mævii ihm anfallender Lehns-Portion zu oft erwehnten 14000. Rthalern beytrüge, künftig, nach Abgang gedachten Mævii und dessen männlichen Stammes, von demjenigen, dem diese Lehns-Portion zufiele, wieder zu fordern wohl berechtiget wäre. A. B. R. W.

RESPON-

✻

✻ ✻ ✻

RESPONSVM VIII.

1. *Fructus ex re locata percepti acquiruntur conductori.*

2. *Discrimen quoddam inter res allodiales & feudales traditur.*

✻ ✻ ✻

✻

* * *

Demnach mein in Rechten gegründetes Gutachten über nachstehende speciem facti verlanget worden; Als erachte ich denen Rechten gemäß zu seyn:

Ist Herrn Christophoro das in der Ober-Lausitz gelegene Lehn-Guth Matropien, nach Absterben seines Herrn Vaters, zugefallen, welches Ritter-Guth aber dergestalt mit Schulden belästiget gewesen, daß bemeldter Herr Christophorus, die von denen Creditoribus gesuchte Subhastation abzuwenden, genöthiget worden, sich mit ihnen in einen gerichtlichen Vergleich einzulassen, und zu Abführung derer verfallenen oder ins künftige nach gefälligen Zinsen das von dem Pachter obgemeldten Lehn-Guths zu bezahlen schuldige Locarium auf vier Jahre zu cediren, welche Cession auch zur gerichtlichen Confirmation gediehen, und der Pachter dieses Ritter-Guths, nur gedachtem Vergleich und Cesion zu folge, sich vermittelst gethanen gerichtlichen Angelöbnisses anheischig gemacht, die verfallenen Pacht-Termine, so oft selbige gefällig, in das hochlöbliche Ober-Amt zu N. N. zu dem Ende, damit die Creditores der Interessen wegen ihre Befriedigung davon erlangen könten, zu deponiren, welchem Angelöbniß der Pachter so wohl vor als nach dem erfolgten Ableben Herrn Christophori nachgelebet, ohngeachtet bemeldter Herr Christoph in dem ersten Jahre nach getroffener Cesion Todes verfahren, dennoch die Pacht-Gelder die gantze verglichene Zeit über in hochgedachtes Ober-Amt in N. N. eingeliefert. Nachdem nun wohlgedachter Herr Christophorus ohne hinterlassene männliche Descendenten verstorben, und als seinen Lehns-Folger seinen innerhalb des siebenden Grads befindlichen Agnatum, Herrn Sempronium, hingegen zu seinem Allodial-Nachlaß seine beyden Fräulein Schwestern, als Land-Erben, hinterlassen, so wollen sich anietzo zwischen dem erstern und denen beyden letztern einige Difficultäten hervor thun, indem die letztern den erstern in rechtlichen Anspruch nehmen, und von ihm, als Besitzer des auf ihn verfälleten Ritter-Guthes Matropiens nach Maßgebung der mit übersendeten Specification am Land-Erbe auf 3321. Rthaler prætendiren, über die gesammte Klage sich der Eydes-Delation bedienen, worauf, nach erfolgtem rechtlichen Verfahren, ein Bescheid folgenden Inhalts publiciret worden;

Dieweil

Dieweil Beklagter auf die erhobene Klage und fol. 10. seqq. übergebene specification sich eingelassen, und derselben nicht allenthalben geständig, so ist dessen Principal über den 6ten und 7ten bey der litis Contestation fol. 10. verneinten Punckt, sein Gewissen, Wissenschafft und Wohlbewust prævio juramento calumniæ zu eröffnen, Fräulein Klägerin aber dasjenige, so ihnen an der specification fol. 10. seqq. verneinet worden, binnen Sächsischer Frist zu erweisen schuldig,

Welches Decretum zwar gebührend publiciret, hingegen die Fräulein Klägerin wieder selbiges Läuterung interponiret, in dem zur prosecution angesetzten Termin per actorem erschienen, auch von 3. Tagen zu 3. Tagen rechtlich zu verfahren compromittiret, die Prosecutionem der Leuterung aber in die Termini keines weges gebührend bewerckstelliget, will dannenhero Zweifel entstehen: 1. ob bey dieser der Sachen Bewandniß die Fräulein Schwestern ein Land-Erbe oder einige Gebührniß auß dem Ritter-Guthe Matropien zu fordern berechtiget seyn. Ob nun zwar wohl auch die Land-Erben desjenigen Vasalli, so annoch bey seinem Leben sich der Nutzungen, welche er sonsten aus dem Lehn-Guthe zu gewarten gehabt, begeben, zuweilen mit Bestande Rechtens Land-Erbe zu prætendiren befugt seyn, in mehrerer Erwegung, daß das Land-Erbe nicht nur in gewissen Nutzungen des Lehn-Guthes, sondern auch in denen im Lehn-Guth befindlichen beweglichen Sachen, in so weit selbige nicht die Natur derer Lehns-Pertinenzien überkommen, bestehet, wie solches alles der Herr geheimde Rath Hoffmann in *diss. de jure separandi allodium a feud.* ingleichen illustr. MENCKENIUS in *diss. de probatione pertinentiarum feudalium* sehr gründlich deduciret,

Demnach aber und dieweil im gegenwärtigen Fall die Fräulein Klägerin eine besondere Specification übergeben, und nach deren Maßgebung die Succession prætendiren, so will allhier hauptsächlich vonnöthen seyn, alle die in der Specification enthaltene Stücken genau zu examiniren, und in wie weit in Ansehn selbiger wohlgedachte Fräulein in ihren Ansprüchen fundiret, zu untersuchen. Da denn zuförderst ex jure voraus zu setzen, wie ein jeder Vasall die ihm sonst zustehenden Nutzungen seines Lehn-Guthes nach selbst eigenem Gefallen zu veräusern berechtiget, WESENBECCIUS *de feudis cap. 2. 9.* welches sich sonderlich auf die Verpachtung derer Lehn-Güther appliciren lässet. vid. *II. f. 9. §. 1.* welcher Verpachtung

pachtung ein so beständiger Effect in denen Lehns-Rechten beygeleget, daß der Vasall, folglich auch seine Land-Erben an einen solchergestalt getroffenen Pacht-Contract unwidersprechlich gebunden, und diesem in keinem Stücke contraveniren können, vid. RHEDEN in *dissertat. de jure Vasalli in feudo thes. 17.* item SCHUBARTH in *dissert. de jure locandi Vasallorum.* Gleichwie nun die Natur eines ieden Pacht-Contracts hierinnen bestehet, daß der Pacht-Mann den Gebrauch des ihm Pacht-weise überlassenen Guthes bekommt, *L. 23. C. Locati.* folglich alle und iede Nutzungen, so er aus dem gepachteten Guthe einhebet, sich dergestalt eigenthümlich zueignen kan, daß, wenn auch diese Nutzungen den verglichenen Pacht-Zins ihrem Werthe nach weit übersteigen, er dennoch den einmal beliebten Mieth-Zins dieserwegen erhöhen zu lassen nicht verbunden, welches die in dem *L. 25. ff. locat. cond.* befindlichen Worte immodicum lucrum Conductori non est conferendum klährlich anzeigen, vid. FRANZKIUS ad *Dig. Lib. 19. Tit. 2. num. 115.* BINELLUS ad *L. 2. C. de rescind. vendit. P. 1. cap. 3. num. 34.* DINCKLER in *dissertat. de modis dissolvendi locationem conductionem rerum;* Also ist nicht abzusehen, wie in der überreichten Specification vorgegeben werden will, ob sey der Pachter als ein Wirthschafts-Verwalter anzusehen, und sey er von denen sämtlichen zu Gelde gemachten Früchten ein mehrerers nicht, als was er zu Nutzen der Wirthschaft und des Verpachters angewendet, an sich zu behalten berechtiget, den Uberschuß aber an denen Land-Erben zu erstatten verbunden, welches gewiß ein ungegründetes assertum ist, denn wäre er in der Qualität eines solchen Wirthschafts-Administratoris zu betrachten, so würde er nicht, einen gewissen Pacht-Zins zu erlegen, schuldig gewesen seyn, vielmehr hätte ihm vor seine angewandte Mühe und Arbeit ein besonderes Salarium ausgemacht werden sollen, widrigenfalls man ihn nöthigen wollen, die Administration des Ritter-Guthes umsonst zu übernehmen, welches doch wol schwerlich iemanden angesonnen werden mag. Ein Wirthschafts-Administrator bezahlet keinen Pacht-Zins, geniesset auch hingegen keine Nutzungen, sondern muß sich mit dem ihm einmal veraccordirten Salario begnügen lassen. Ein Pacht-Mann aber entrichtet seinen Pacht-Zins, ist hingegen berechtiget, alle und iede Nutzungen dergestalt einzuheben, daß er durch deren Einnehmung dererselben vollkommener Eigenthums-Herr wird, wenn auch gleich diese Nutzungen

ihrem Werthe nach das einmal beliebte Locarium um ein merckliches übersteigen, *L. 39. ff. Loc. Cond. l. 30. §. f. ff. de C. E.* vid. SCHWEDER in *dissert. de fructibus feudi §. 8.* HARPRECHT in *dissert. Jur. comm. & March. Bad. ad p. 4. tit. 3. §. 10.* LAVTERBACH in *coll. Th. Pr. ad tit. Loc. cond. 74. 88. 89.* GALLVS de *fructibus disput. 28. art. 1.* Es erfordern auch dieses alle vernünftige Absichten, so man sich nur bey Errichtung eines Pacht-Contracts vorstellig machen kan, denn zu was Ende resolviret sich wol ein Eigenthums-Herr eines Guthes, sein ihm eigenthümlich zustehendes Grund-Stück einem andern Pacht-weise zu überlassen, als zu dem Ende, damit er in denen gesetzten Terminen in baarem Gelde Pacht-Zins erhalte, wo wird sich aber wol iemand finden lassen, der einem andern baares Geld bezahlt, keinen Nutzen von diesem baaren Gelde zu gewarten, ja noch darzu Mühe und Inspection über das gepachtete Guth über sich nehmen sollte, welches alles doch, wann der in der Specification gehegten Meynung nach ein Pachter weiter nichts, als was er zum Nutzen der Wirthschaft oder seines Pacht-Herrn verwendet, an sich zu behalten berechtiget wäre, eines Pachters Incumbenz erforderte. Es begehet gewißlich der Herr Concipient dieser Specification eine manifeste Contradiction, da er in nur berührtem Verzeichniß den Pachter zuweilen einen Pachter, zuweilen einen Wirthschafts-Administratorem nennet, denn diese beyden Qualitäten können respectu unius ejusdemque rei eben so wenig in einer Person concurriren, als die Qualität eines Verwalters und eines Pachters von einem Ritter-Guthe; Da nun also eines ieden Pachters Gerechtigkeit darinne bestehet, daß er die Zeit währender Pacht-Zeit eingehobene fructus, es mögen dieselben unter die naturales oder civiles gerechnet werden, eigenthümlich acquiriret, und zwar eben dieses Eigenthum mit der durch den getroffenen Pacht-Contract declarirten Genehmhaltung des Verpachters erlanget, zu dem Ende auch in Rechten gesagt wird: quod colonus fructus percipiat nomine locatoris, so kan man hieraus fernerweit den Schluß machen, daß dergleichen Früchte, welche ein Pachter bey Lebzeiten des Verpachters einhebet, respectu locatoris weder unter die fructus pendentes noch extantes, sondern vielmehr consumtos zu rechnen; denn dergleichen fructus müssen nothwendiger Weise die qualitatem fructuum pendentium verliehren, da sie sich nicht mehr auf dem Grund und

Boden

Boden des Vasalli befinden; fructus extantes aber können sie gleichfalls fernerweit nicht benennet werden, indem sie dem locatori keinesweges eigenthümlich zustehen, oder in dessen Gewahrsam anzutreffen. Also kan man ihnen keine andere Qualitatem, als die Qualität derer fructuum consumtorum beylegen, denn ein Locator, wenn er sich in einen Pacht-Contract einlässet, ertheilet dem Conductori das Recht, alle in der gepachteten Sache binnen der gesetzten Pacht-Zeit eingehobene Früchte sich eigenthümlich zuzueignen, folglich hat er selbige veräusert, und solchergestalt consumiret. Nun aber ist ausgemachten Rechtens, wie kein Lehns-Folger die von dem verstorbenen Vasallo consumirten Früchte denen Land-Erben wieder zu erstatten verbunden. Appliciret man nun alle diese vorher angeführten Principia, so wird sich hieraus mit leichter Mühe veroffenbahren, wie die Fräulein Schwestern in ihrem Suchen größtentheils nicht fundiret, in so weit sie aber in ihren Anforderungen gegründet oder nicht, wird am füglichsten seine Erledigung erlangen, wenn man die gesammten in der Specification enthaltenen Puncte nachfolgender massen specifice betrachtet. Denn quoad 1) was den Bier-Schanck anbelanget, so ist das gebrauete Bier dem Pachter eigenthümlich anheim gefallen, angesehen dem Anführen nach ermeldter Bier-Schanck dem Pachter mit Pacht-weise überlassen, und oben deducirter massen alle Nutzungen einem Pachter unwiderrufflich acquiriret werden; Es hat ja mit allen verpachteten Gerechtigkeiten diese Bewandniß, daß der aus diesen Gerechtigkeiten entstehende Nutzen dem Pachter eigenthümlich und irrevocabiliter zufällt, wenn auch gleich dieser Nutzen alle aufgewendete Unkosten und den Pacht-Zins bey weiten übersteiget. Es versiret also der Herr Verfasser der Specification in einem ungegründeten Præsupposito, wenn er vermeinet, als ob der Profit, den der Pachter occasione des Bier-Schancks genossen, denen Land-Erben zukäme, da vielmehr bekannten Rechtens, wie dergleichen Profit einem Pachter unwiederrufflich verbleiben müsse. Es wird ja im menschlichen Leben ordentlicher Weise kein Contract getroffen, wobey nicht die Contrahenten einen Profit, welcher ihnen auch billig zu gönnen, intendiren. Wenn einer die Jurisdiction an einem gewissen Orte Pacht-weise annimmt, so ist es eine an und vor sich bekannte Sache, wie ihm niemand die fructus Jurisdictionis zu entziehen befugt ist, wenn auch gleich sel-

bige ein weit mehreres, als der Pacht-Zins und alle sonst dabey vorkommende Unkosten austragen, FRANCKENSTEIN in *dissertat. de Locatione Jurisdictionis.* Und eben dieses verhält sich also mit denenigen, die Zoll und Geleithe pachten, indem die von dergleichen Pacht solchergestalt genossenen Revenuen dem Pachter niemand abfordern kan, es mögen selbige so hoch ansteigen, als sie wollen, und alles dieses fliesset aus dem generalen Principio, quod Conductor sive rei sive juris omnes fructus exinde perceptos suos faciat irrevocabiliter. Was aber das dem Pachter überlassene Holtz anbetrifft, so hat es zwar sonst seine unstreitige Richtigkeit, wie alles und iedes geschlagene Holtz die Natur derer Erb-Stücken annehme, dergestalt, daß solches von denen meisten auch auf das Lager-Holtz und Wind-Fälle appliciret wird, folglich auch nach dem Ableben des Vasalli denen Landes-Erben gebühret. Dennoch aber und dieweil dem Anziehen nach der Pachter dieses Holtz vermöge getroffenen Pacht-Contracts zu schlagen berechtiget gewesen, folglich der verstorbene Herr Christophorus dieses Holtz dadurch, da er dem Pachter es zu schlagen und in seinen Nutzen anzuwenden erlaubet, einmal veräusert hat, also der Pachter durch diese Schlagung das Eigenthum von diesem Holtze überkommen, so ist eben auch selbiges unter die fructus ab ipso Vasallo consumtos zu rechnen. Gleichwie nun oben angeführet worden, wie die fructus consumtos Land-Erben dem Lehns-Folger nicht abzufordern vermögend; so ist auch solches bey ietzigen Umständen zu statuiren. Quoad 2) Die Vieh-Nutzungen betreffend, wird alhier zu untersuchen nicht nöthig seyn, in was vor einen Anschlag die jährlichen Nutzungen der Kühe zu bringen. Denn da die Kühe gleichfalls dem Anführen nach dem Pachter mit überlassen; so sind die von selbigen eingehobenen Nutzungen fructus consumti, folglich hat der Pachter selbige unwiederruflich überkommen; eben dieses ist auch auf den Nutzen vom Schaf-Vieh und denen Schweinen quoad 4. & 5. zu appliciren. Was aber die sub numero 5. angesetzten Pacht- und Zins-Gelder anbetrifft, so finde mich nicht im Stande, diesfalls etwas Gründliches zu decidiren, indem mir nicht zugleich Nachricht ertheilet worden, ob diese Pacht- und Zins-Gelder dem Pachter in dem Pacht-Contract mit zugeschlagen, denn sollte selbige dem Pachter zugeschlagen seyn, wie es denn auch aus denen mit einlauffenden

Umstän-

Umständen scheinen will, so würde es eben diese Bewandniß damit haben, als denen sub num. 2. 3. & 4. angesetzten Posten. Anlangende hingegen quoad 6) das vermöge des Pacht-Inventarii dem Pachter überlassene Getraydig, so können selbige allerdings die Fräulein Schwestern von dem Pachter wieder prætendiren, denn denen Creditoribus ist nur der Pacht-Zins zu ihrer Befriedigung angewiesen, der Pacht-Zins aber wird nur entrichtet in compensationem fructuum, unter die fructus aber ist die Aussaat keinesweges mit zu rechnen, sondern selbige muß der Pachter nach geendigter Pacht-Zeit dem Verpachter, oder dessen Erben restituiren, Restitutio enim debet fieri cum omnibus accesſionibus & instrumentis, vid. FRANZKIUS ad *Dig. L. 19. T. 2. num. 219.* Quoad 7) aber kan dieses nicht von denen Nutzungen oder der Winter-Saat gesagt werden; denn ob zwar sonsten nach Anleitung Sächsischer Rechte besonders des L. R. *L. 11. art. 58.* dergleichen fructus industriales, wenn der Vasallus nach gäntzlich vollbrachter Arbeit, so zu Erzeugung dergleichen Früchte erfordert wird, verstirbet, denen Land-Erben anheim fallen, indem in nur bemeldtem Text des Land-Rechts deutlich gesagt wird: **des Mannes Saat, die er mit seinem Pflug würckt, die ist verdient, als die Ege darüber geht,** vid. HERTII *opuscula Vol. 1. Part. 3. pag. 543.* So leidet doch dieses alhier seinen unstreitigen Abfall, indem der verstorbene Vasall sein ihm dießfalls zustehendes Recht dem Pachter Pacht-weise überlassen, folglich der Pachter an statt des Vasalli die Früchte einzuheben berechtiget, und an diesen Pacht-Contract die Erben des Locatoris bekannten Rechten nach gebunden. Quoad 8) seyn die Land-Erben allerdings in ihrer Prætension, ratione des Viehes, an Kühen, Zug-Ochsen, Schafen, Schweinen, Feder-Vieh, Schiff und Geschirr fundiret, indem das Vieh und die Fahrniß ordentlicher Weise beweglich, und zum Allodial-Vermögen gehöret, welches man auch von denen Brau-Bier-Milch-und andern Gefässen zu statuiren hat. Was aber die küpfferne Brau- und Vieh-Pfanne anbetrifft, wenn selbige Erd-Nied- und Nagel-fest, verbleibet sie als ein Pertinenz-Stück beym Lehn, und haben die Land-Erben keinen Anspruch hieran zu formiren, indem solchergestalt destinatio in actum deducta per affixionem vorhanden, folglich die Qualität eines Lehn-Pertinenz-Stücks sich bey einer solchen Pfanne äusert, wie denn auch denen Land-Erben das Zeit

währender Pacht-Zeit von dem Pacht-weise übernommenen Vieh erzeugte junge Vieh nicht gehören, sondern vielmehr dem Pachter, fœtus enim pecorum censentur jure fructuum, was aber unter die Nutzungen zu rechnen, verbleibet dem Pachter. Quoad 9) das Geld, so Pachter wegen ermangelnden Fisch-Saamens bekommen, können die Land-Erben nicht wieder fordern, denn da Fischereyen mit verpachtet gewesen, so hat der Pachter allerdings dergleichen Fisch-Saamen nöthig gehabt, woferne er sich der Fischerey bedienen soll, es ist also das Geld dem Pachter zu dem Ende gegeben worden, damit er in den Stand gesetzt würde, sich der mit verpachteten Fisch-Nutzungen bedienen zu können, was nun ein Verpachter darauf wendet, daß der Pachter die gepachtete Sache gebrauchen könne, das kan er nicht wieder fordern, Locator enim usum rei conductæ præstare tenetur. Quoad 10) Die angegebenen Scheffel an Wicken, Hafer, Erbsen, Hopffen können unter keinem Vorwand denen Land-Erben zugeeignet werden, indem selbige gleich andern Nutzungen des Lehn-Guths dem Pachter zustehen. So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß die Fräulein Schwestern 3321. Rthaler 8. Gr. an Land-Erbe zu prætendiren nicht berechtiget. Zum andern wird gefragt: Ob Herrn Beklagten die eydliche Diffesion derer von Fräulein Klägerin überreichten Specification zuerkannt werden könne. Ob nun zwar wol sonsten producirte documenta entweder recognosciret oder diffitiret werden müssen. Dennoch aber und dieweil solches von dergleichen Documentis zu verstehen, welche sich einen Effectum probationis zu versprechen haben, wovor aber eine solche Specification niemals zu halten, angesehen selbige von Klägerin verfertiget, und also deren scriptura in propria causa ist, scriptura vero pro scribente nihil probat, bene tamen contra scribentem. So erscheinet hieraus so viel, daß Herr Beklagter in Ansehung der Specification mit keiner Diffesion der übergebenen Specification belegt werden könne.

Drittens will Zweifel erwachsen, ob die der Klage annectirte Eydes-Delation auch zugleich mit auf die überreichte Specification zu extendiren.

Ob nun zwar in dem Klag-Libell selbst sich auf die Specification bezogen wird; Dennoch aber und dieweil die Specification an und vor sich dem Klag-Libell nicht mit inseriret, folglich nicht pars libelli worden, auch in der Specification besondere objecta enthalten, deren im

Klag-

Klag-Libell keine Erwehnung geschehen, und eine iede Juramenti delatio strictissimæ interpretationis; so erhellet daraus allenthalben so viel, daß die Eydes-Delation auf die Specification nicht mit gezogen werden könne.

Zum vierten wird gefragt: Ob Fräulein Klägerin zum Juramento in litem gelassen werden könne? Ob nun zwar das Juramentum in litem ein in Rechten nachgelassenes Remedium, dessen sich nach Gelegenheit der Fälle auch gar wohl ein Kläger zu bedienen befugt.

Dennoch aber und dieweil das Juramentum in litem eher nicht, als wenn derienige, so etwas zu ersetzen condemniret, sich dessen verweigert, dem Kläger verstattet wird, *L. 1. ff. de in litem jurand. L. 8. §. 1. ff. de act. rer. amot.* Perillustr. a BERGER in *Suppl. ad Electa Jurisprud. Crim. Part. 2. Observ. 44.* das Juramentum in litem auch nur zu dem Ende eingeführet, daß, wenn ein Kläger das Objectum litis erweislich gemacht, und selbiges durch Verschulden des Beklagten Klägern nicht restituiret wird, Kläger den Werth dieses objecti durch das des Juramentum darthun kan. Dahero in gegenwärtigem Fall die Requisita Juramenti in litem gäntzlich ermangeln. Denn sollte das Juramentum in litem alhier statt finden können, so müsten Fräulein Klägerinnen zuförderst die Existentiam Juris sui darthun, und erweisen, wie sie Land-Erbe zu prætendiren, sodann gleichfalls das objectum dieses Land-Erbes, und worinnen solches bestehe, vermittelst eines ordentlichen Beweises, dociren, fernerweit, wie Herr Beklagter durch sein Verschulden darzu Ursache gäbe, daß diese zum Land-Erbe gehörige Stücke an Klägerinnen nicht ausgeantwortet würden, oder ausgeantwortet werden könten, in mehrer Erwegung ein Kläger durch ein Juramentum in litem nicht die existentiam obligationis oder Juris agendi, viehweniger die Existentiam objecti in litem deducti, sondern nur die Æstimation desselben beweisen kan, widrigenfalls einem Kläger Zeugniß in seiner eigenen Sache abzulegen nachgelassen wäre, welches doch in Rechten nirgends verstattet. Es können sich auch Fräulein Klägerinnen hiermit nicht behelffen, als, ob man sonst zu dem Beweis des Land-Erbes nicht gelangen könte, angesehen die Land-Erben es diesfalls auf die eydliche

Speci-

Specification Herrn Beklagtens ankommen lassen müsten, welches auch daher zu verificiren, denn wenn einer von einem andern eine Erbschaft fordert, so kan er ihn weiter zu nichts anhalten, als daß er die Erbschaft vermittelst eines Inventarii oder eydlichen Specification ediret. Es kan auch Beklagteem noch keine culpa beygemessen werden, indem Klägerinnen noch biß dato das Objectum des Landes-Erbes nicht bewiesen, oder eine eydliche Specification gefordert.

So erscheinet hieraus, daß das Juramentum in litem gestalten Sachen nach nicht statt finde. A. V. R. W.

❋

❋ ❋ ❋

RESPONSVM VIIII.

Judex, coram quo concurſus ventilatur, pretium exigere tenetur rei ſub haſta venditæ.

❋ ❋ ❋

❋

* * * * * * * * *

Demnach mein in Rechten gegründetes Gutachten über nachstehende speciem facti verlanget worden; Als erachte ich denen Rechten gemäß zu seyn:

Ist zu Titii Vermögen ein Concursus Creditorum entstanden, da sich denn in dem angesetzen Liquidations-Termine Sempronia als eine Gläubigerin angegeben, und eine gewisse Post liquidiret, nachgehends haben die übrigen Titiusischen Creditores bemeldter Semproniæ ihre gesammte Anforderungen an die Titiusische Concurs-Masse, vermittelst gerichtlicher Cession, zugeeignet, Sempronia aber ihre solchergestalt erlangten Jura anderweit an ihre Tochter, Mæviam, cediret, inmittelst sind die Titiusischen Ritter-Güther ad hastam publicam gediehen, bemeldte Ritter-Güther auch von Æmilia um und vor 29000. Rthaler, in gewissen Terminen nebst denen iedesmal gefälligen Zinsen zu bezahlen, erstanden worden. Es hat aber die Käufferin mit Abführung derer verglichenen Terminen nicht innegehalten, hingegen die sub hasta erstandenen Güther ihrem Ehe-Mann, Victorio, um und vor 30000. Rthlr. käufflich überlassen, gleichwol zu Zeit des beschehenen Kauffs annoch 1487. Rthlr. an dem Kauff-Pretio restiret. Nachdem nun oftgedachte Æmilia einige Zeit hierauf Todtes verfahren, haben dererselben Erben mit dem hinterlassenen Wittber, als nur benannten Käuffer einen Vergleich getroffen, in welchem Contract unter andern dieses verabredet, es solle Victorius den Rückstand des in die Titiusische Concurs-Masse zu bezahlenden Kauff-Pretii, und zwar an 14150. Rthalern als debitor assignatus in das hochlöbliche Judicium zu N. N. zu bezahlen angewiesen seyn, bey diesem assignirten Rückstande aber thut sich dieser Irrthum hervor, daß in bemeldtem Transact 363. Rthlr. zu wenig angegeben worden, also der Rückstand ein weit mehrers, als in dem Vergleich angegeben, beträget. Da nun Victorius die solchergestalt überwiesenen 14150. Thaler ins gerichtliche Depositum geliefert, er auch von dem Judicio zu N. N. dießfalls gewöhnliche Depositen-Scheine erhalten, also annoch als unbezahlte Kauff-Gelder 363. Thaler restiren, das Judicium in N. N. aber diesen Rest nicht eintreiben, sondern lediglich Mæviam an die Æmilischen Erben verweisen will, so entstehet die Frage, ob Mævia diesen Rückstand derer annoch restirenden Kauff-Gelder an 363. Thalern selbst von denen

Æmilischen Erben, oder ob nicht das Judicium in N. N. diese Gelder nebst denen aufgelauffenen Interessen einzutreiben verbunden.

Ob nun zwar wol in dem mir communicirten Gutachten angeführet werden will, es sey ein Richter bey entstandenen Concursen und angestellten Subhastationen vor die auf gewisse Termine licitirten Kauff-Gelder zu stehen nicht schuldig, und wenn er gleich auf vorgängige Imploration sein officium interponiren könne, dennoch, litem selbst zu übernehmen, nicht gehalten, non enim id, quod judicis potestati permittitur, necessitati subjiciendum, & ad actionem in factum dolus vel imprudentia ex parte judicis requireretur, und läge vielmehr dem curatori bonorum ob, solches zu thun, und die licitirten Kauff-Gelder zu fordern; Dennoch aber und dieweil alhier nicht die Frage: ob der Judex vor die auf gewisse Termine licitirte Kauff-Gelder zu stehen verbunden, sondern ob nicht vielmehr dessen Incumbenz erfordere, selbige gebührend einzutreiben, und sich von dem einen auf das andere kein gebührender Schluß machen läst, angesehen es mit einem jeden administratore, zum Exempel mit einem Vormunde, einem Kirchen-Vorsteher diese Bewandniß hat, daß selbiger sich wegen ausgeliehener Gelder keine Gefahr zu besorgen, auch vor den casum fortuitum zu stehen, keinesweges schuldig, unterdessen aber doch verbunden, dieselbe zu rechter Zeit einzutreiben, oder widrigenfalls allen aus unterlassener Eintreibung seinem Principal erwachsenden Schaden zu ersetzen obligirt, der judex aber, als der administrator des gesammten Concurs-Wesens anzusehen, und seine Pflicht darinne bestehet, daß er möglichster massen alles beyträgt, was zu Befriedigung derer in dem vor ihm anhängigen Concurs-Wesen interessirten Gläubiger gereichen kan, hauptsächlich aber in Erwegung zu ziehen, wie der actus subhastationis vor ein solches negotium zu achten, welches lediglich im Namen des judicis subhastantis vollzogen, per subhastationem enim cum judice magis quam cum debitore dicitur contrahi, & quicquid per subhastationem agitur, judicialiter fieri censetur, vid. HABERKORN in *Process. Conc. & præl. Cred. c. l. n. 63.* item PHILIPPI *Tr. de subhast. l. 1. com. 3. n. 40. & 41.* CARPZ. *P. 1. c. 32. el. 35.* deswegen auch der Judex bey denen Subhastationen die Stelle des Verkäuffers vertritt, wie nur gedachter PHILIPPI in dem allegirten Tractat de *Subhast. c. 4. com. 5. n. 10. 11. 12.* in nachfolgenden Worten erwehnet: Judex loco Venditoris habetur, & pecuniam Creditoribus distribuit, woraus sich also von selbsten erlediget, daß der judex auch die Kauff-Gelder selbst einzufordern verbunden, in Erwegung

derjenige,

derjenige, dem zum Nutzen eines andern einen gewissen Contract zu schliessen oblieget, gehalten, Sorge zu tragen, damit dieser Contract erfüllet werde, welches ins besondere MENCK. in *Tract. Synopt. Proc. Jur. Com. & Sax. Elect. Tit. 38. §. 47.* nachfolgender massen auf den judicem Concursus appliciret: Judex ex officio finita subhastatione emtorem ad actum adjudicationis potest vocare, cum ipse vi contractus celebrati, quo eidem in omnium, quorum interest utilitatem, satisfiat, curare debeat, adeoque solutionem urgere possit, vicissim officio neglecto ad interesse teneatur, *arg. l. 50. ff. de Evict. l. 15. §. 1. ff. de jud. l. 29. §. 7. ff. ad L. Aquil.* welche Worte gar klährlich zu erkennen geben, wie der Judex durch die von ihm vollzogene Subhastation und den solchergestalt von ihm getroffenen Contract in eine Verbindlichkeit gesetzet werde, selbst besorgt zu seyn, damit der Käuffer durch richtige Bezahlung des Kauff-Pretii dem Kauff-Contract nachlebe, folglich der Judex gehalten, von dem Käuffer dieses Kauff-Pretium mit Nachdruck einzutreiben, oder widrigenfalls denen Creditoribus wegen ihres Interesse, nemlich wegen des ihnen aus nicht erfolgter Bezahlung entstehenden Schadens, oder entgangenen Nutzens, Satisfaction zu geben, der Judex auch allerdings im Stande, dem Käuffer, so mit der ihm obliegenden Zahlung sich säumig erweiset, zu Beobachtung seiner Schuldigkeit anzuhalten, indem dißfalls dem Judici zwey Mittel in Rechten überlassen, nemlich entweder schlechterdings den Käuffer zu der Bezahlung durch hinlängliche Zwangs-Mittel zu nöthigen, oder mit anderweitiger Subhastation des erstandenen Guthes zu verfahren. Non soluto pretio Judici aut quorum interest, integrum est, an licitatorem ad deponendum pretium compellere velint, an potius iterari subhastationem, quia lex Commissaria tacite hastæ fiscali inest, iud. Nob. Dn. a BERGER *Res:* LAUTERB. *Lib. de Lege Commiss. p. 332.* it. in *Elect. Disc. forens. Tit. 39. Obs. 9. not. 7. p. 118.* Uber dieses bekannten Rechtens, wie aus keinem Contract Klage anzustellen, und auf die Erfüllung desselben zu dringen iemand berechtiget, als derjenige, in dessen Namen würcklich contrahiret, da nun bey einer Subhastation die Stelle des Verkäuffers lediglich der Judex, nicht der Creditor, vertritt, so würde denen Creditoribus die Exceptio non competentis actionis & tecum non contraxi entgegen gesetzt werden können, woferne sie den Käuffer selbst in Anspruch wegen derer restirenden Kauff-Gelder zu nehmen kein Bedencken trügen, angesehen der Käuffer nach Vorschrifft derer Rechte lediglich mit Auszahlung der Kauff-Summe an den Judicem concursus verwiesen.

Ex ſoluta demum pecunia vel præſens vel per annorum ſpatia diſtributa in judicio, ubi concurſus ventilatur, deponitur, enim cum iſto judice contraxiſſe videntur emtores, vid BEYER *Diſſertat. de incommod. quibusd. Cred. in foro Sax.* §. 55. Zudem um ſo viel weniger einem Creditori anzuſinnen, den Käuffer eines ſub hasta erſtandenen Guthes wegen rückſtändiger Tage-Zeiten in Anſpruch zu nehmen, ie gewiſſer es iſt, daß, der bewährteſten Rechts-Lehrer Meynung nach, der Käuffer ſich durch eine an den Creditorem freywillig gethane Auszahlung beſonder Præjudiz und Gefahr zuziehen kan, dahero HORNIUS in *Resp. d. 11. R. 57. not. 2. & 3.* anführet: Rem ſub haſta emens male ſibi conſulit, ſi propria autoritate ſolvat Creditori, deponere debet pretium & expectare diſtributionem judicialem. Fernerweit ohnmöglich im Stande Rechtens behauptet werden mag, es fände wider einen Judicem die actio in factum nur propter dolum commiſſum, nicht aber propter culpam ſtatt, denn zu geſchweigen, daß dieſe Meynung ohnmöglich mit dem *l. 19. C. de teſtam.* und der Pflicht eines Adminiſtratoris, vor welchen der Judex in Anſehung des Concurs-Weſens zu achten, conciliiret werden kan, und ſolchergeſtalt folgen würde, daß einem Judici die culpa bey Verwaltung ſeines ihm zum Nutzen ſeiner Gerichtsbarkeit anvertrauten Perſonen, aufgetragenen officii nachgelaſſen, folglich bey ſeiner obhabenden wichtigen function nicht einmal ſo viel Vorſichtigkeit als der geringſte Bediente einer Privat-Perſon, als welcher a culpæ præſtatione niemals befreyet, nöthig hätte, ſo iſt ja überhaupt zu conſideriren, wie ein Judex, in Anſehung der Depoſiten-Gelder, einen Sequeſter abgebe; dannenhero culpam levem zu præſtiren verbunden ſey, dieſerwegen auch in allen dieſen Fällen, da der Judex, wann er bey den ihm anvertraueten Depoſiten-Geldern culpam levem begangen, den durch dieſes Verſchulden verurſachten Schaden zu erſetzen obligiret, wie dieſes unter andern SCHULZIUS in *Tract. de oblatione, obſignatione ac depoſitione pecuniæ ſeu rei debitæ cap. 7. num. 6. & 7.* mit nachfolgendem Exempel erläutert: Quæritur, utrum Magiſtratus, ſi pecuniam judicialiter depoſitam alicui ex creditoribus ſub cautione de reſtituendo vel ſervando eum indemnem annumerat, ſecurus ſit nec ne: an vero Creditori, qui poſtea prioritatem evicit, eam reſtituere teneatur, ſi non ex mandato & juſſu Superioris id fecerit, non excuſatur, ſed vero creditori ad denuo exſolvendum tenetur, tum quia ejusmodi depoſitio, nil aliud quam ſequeſtratio quædam, ſequeſter vero non niſi juſſu & interlocuto judicis aut

alia

alia legitima ſuperveniente cauſa deponere poteſt, *l. 5. §. f. ff. Depoſit.* tum quia Magiſtratus Sequeſtrarius penes quem ejusmodi pecunia depoſita eſt, tenetur de culpa levi, ſatis autem culpæ levis eſt, ſi Magiſtratus non fuerit circumſpectior, ſed ad ejusmodi cautionem indemnitatis alicui pecuniam annumeraverit. Gleichwie nun derjenige culpæ levis reus iſt, der bey Verwaltung anderer Affairen dasjenige unterläſt, was doch ſonſt ein ieder fleißiger Haus-Vater in Adminiſtrirung ſeines eigenen Vermögens in acht nimt, ein diligens paterfamilias aber ſeinem debitori keine Nachſicht verſtattet, ſondern die Intereſſen ſo gleich nach verfloſſener Verfall-Zeit exigiret, alſo hat man um ſo viel mehr einem Judici eine culpam beyzumeſſen, wenn er, wie in præſenti caſu angeführter maſſen geſchehen, die gefälligen Tagezeit-Gelder nicht ſogleich in denen geſetzten Terminen exigiret, folglich den Creditorem auſer dem Stand geſetzt, die zugleich mit wegen des Debitoris aufgelauffenen Intereſſen als ein Capital an einen Tertium Anlehns-weiſe zu überlaſſen, und hievon wieder Intereſſen zu genieſſen; Endlich auch dem Judici nicht zu ſtatten kommen kan, als ob die Eintreibung derer licitirten Kauff-Gelder dem Curatori bonorum, nicht aber dem Judici obliege, angeſehen obangeführter maſſen der Judex als der Adminiſtrator des Concurs-Weſens ex officio alle das zu thun pflichtig iſt, was zu Fortſetzung und Endigung des Concurs-Weſens nützlich oder nöthig iſt, Judex enim ex officio omnia ea, quæ ad Concurſus Proceſſum abbreviandum ſpectant, decernere & providere debet, ut proceſſus rite inſtruatur MAEVIUS *Part. IV. Dec. 86. n. 1.* BOEHM. *Jus Eccleſ. Lib. 1. tit. 32. §. 25.* ja kein paſſus im Concurs-Weſen ſelbſten vorfällt, den nicht der Judex ex officio zu beobachten verbunden wäre, wie denn ſelbiger den Terminum liquidationis, adjudicationis, ſubhaſtationis, auch ohne einige vorgängige Imploration anberaumen muß, den Curatorem bonorum ebenmäßig, wenn auch gleich nicht darum angeſuchet worden, dennoch von freyen Stücken zu conſtituiren neceſſitiret iſt, ein Curator bonorum auch eigentlich nur die nomina Debitoris activa, nemlich die vom Debitore ſelbſt ausgeliehene Poſten, nicht aber diejenigen Schulden, ſo ex facto judicis ihren Urſprung haben, einzutreiben gehalten; indem wol niemand abredig ſeyn kan, daß die nomina activa, welche bey entſtandenem Concurſu gewöhnlich exiſtiren, ſich gar füglich in zwey Claſſen theilen laſſen, nemlich einige entſtehen ex facto debitoris communis, reſpectu deren iſt der Debitor communis Creditor, und alſo erfordert die Schuldigkeit desjenigen, der des Debitoris

Stelle

Stelle vertritt, nemlich des Curatoris bonorum, die Befriedigung dieser gemachten Schulden in utilitatem omnium Creditorum zu suchen; Einige aber leiten ihren Ursprung her ex facto judicis, wohin allerdings die licitirten rückständigen Kauff-Pretia vor das ad auctionem vel hastam publicam gebrachte Vermögen des Debitoris gerechnet werden müssen, respectu deren wird der Judex Creditor, macht sich also durch sein factum subhastationis verbindlich, die aus seinem facto herrührenden Schulden selbst einzutreiben, und wenn auch unzugestandenen Falls die Eintreibung derer rückständigen Kauff-Gelder zur Incumbenz des Curatoris bonorum gehörte, so flösse doch aus dem unumstößlichen Principio; quod judex sit administrator totius processus Concursus, und alles, was zum Wohlseyn derer Creditorum, zu richtiger auch schleiniger Fortsetzung und Endigung des Concursus nöthig, beyzutragen verbunden, dieses, daß der Judex den Curatorem bonorum, daferne er sich bey Exigirung derer licitirten Tage-Zeiten säumig erweiset, zu Beobachtung seiner Schuldigkeit anzuermahnen, und woferne diese Anermahnung den behörigen Effect nicht erreichte, einem andern, mit welchem dem Credit-Wesen besser prospiciret, die curam bonorum aufzutragen schuldig.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß Mævia den Rückstand derer annoch restirenden Kauff-Gelder an 363. Rthalern, nebst dem Interesse, weil das Judicium in N. N. in mora exigendi gewesen, von bemeldtem Judicio zu fordern berechtiget, wie denn auch bemeldtes Judicium Mæviæ den Schaden, so ihr wegen nicht erfolgter Bezahlung verursacht, auch den Nutzen, so ihr dadurch entgangen, zu ersetzen verbunden.

V. R. W.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Dinckler, Gottlieb Wilhelm,

Bey vorkommenden Fällen auf Verlangen abgefaßte Responsa

Jena 1737

4 Diss. 783#Beibd.7
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10666200-8
VD18 14439662-001